

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

A DELAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

PATRÍCIA MAGALHÃES GALDINO

**Rio de Janeiro
2018.2
PATRÍCIA MAGALHÃES GALDINO**

A DELAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr.^a Junya Rodrigues Barletta

**Rio de Janeiro
2018.2**

CIP - Catalogação na Publicação

G149d Galdino, Patrícia Magalhães
 A Delação Premiada à Luz da Teoria dos Jogos /
 Patrícia Magalhães Galdino. -- Rio de Janeiro, 2018.
 79 f.

 Orientadora: Junya Rodrigues Barletta.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

 1. Delação premiada. 2. Teoria dos jogos. 3.
 Justiça Penal Negociada. 4. Operação Lava Jato. I.
 Barletta, Junya Rodrigues, orient. II. Título.

PATRÍCIA MAGALHAES GALDINO

A DELAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Dr.^a Junya Rodrigues Barletta.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018.2

Dedico esta monografia aos meus pais, Etelvana Saraiva Magalhães Galdino e Juraci Ferreira Galdino, à minha irmã, Priscila Magalhães Galdino, e à minha madrinha, Nanci Romano da Silva.

In memoriam de William Servulo da Silva.

AGRADECIMENTOS

Escrever essa monografia foi muito difícil. Claro, existiram as dificuldades normais que todo mundo enfrenta, mas acredito que a maior dificuldade tenha sido o meu perfeccionismo. Eu estava tão empenhada em conseguir algo perfeito que isso me paralisou, porque, não importava o que eu fizesse, o padrão que eu queria manter nunca era alcançado. No final das contas, essa paralisação me fez perder mais tempo do que eu poderia e fez com que os resultados fossem aquém daquilo que eu desejava.

Não acho que fiz, com esse trabalho, nada que possa ser considerado útil ou interessante, mas gostaria de aproveitar esse espaço que tenho para dizer algumas coisas sobre mim. Não penso que ninguém vai ler isso, mas, se tem uma coisa que eu aprendi nos últimos tempos é que, às vezes, há coisas que precisamos dizer simplesmente porque queremos tirá-las de dentro de nós, e não porque queremos que outras pessoas escutem.

Quando eu era criança, eu era conhecida como a pessoa mais inteligente da sala. Estudar era a minha principal atividade, e eu tinha muito orgulho disso, até porque não era boa em nenhuma outra coisa. Isso fez com que eu estimasse demasiadamente o estudo, porque era só nessa posição de “intelectual” que eu me sentia amada e valorizada.

Por muito tempo, eu consegui sustentar essa posição, e eu realmente, *realmente*, me sentia bem nela. Mas, à medida que eu fui crescendo, isso se tornou cada vez mais difícil. Eu comecei a encontrar outros interesses e a perceber que existem muitas coisas além de estudar que eu quero fazer. Mas eu não fiz nenhuma delas, porque eu nunca tinha o tempo suficiente para poder me aperfeiçoar da forma que gostaria.

Quando eu entrei na faculdade, eu já não me sentia tão empolgada com o estudo como antes, e isso só piorou ao ver que, aqui, a posição de intelectual que eu tanto queria não tem nada de especial. Em uma faculdade federal de direito, quase todo mundo ocupa essa posição.

Eu acho que foi aí que a minha paralisação começou. Eu já não me sentia motivada para nada, e estudava bem menos do que antes. Mesmo assim, eu me cobrava muito, e eu me sentia cada vez mais frustrada ao perceber que eu não tinha a mesma energia e vontade de aprender. Claro, havia exceções. Algumas disciplinas que estudei despertaram o meu interesse e eu senti todo o vigor que tinha antes voltar. Mas isso sempre era passageiro.

Quando eu estava lá pelo quinto período, pensei em trancar a faculdade. Eu nunca tive depressão, mas sinto que, naquela época, cheguei muito perto de ter. Tinha dias que eu chorava

porque não queria sair de casa. Mas aí eu me perguntei: se eu não estudar direito, o que é que eu vou estudar? E eu percebi que não há outra coisa que eu queira estudar. Sim, há outras coisas que eu quero fazer. Há diversos hobbies que eu quero exercer. Mas estudar, estudar mesmo, é só o direito.

E aí eu acabei não desistindo.

Eu percebi que o problema não estava no direito. Mas onde será que ele estaria? No mundo, ou a forma que eu o vejo? Com o tempo, percebi que, provavelmente, essas duas coisas estão erradas. O mundo está errado porque ele é desigual, cruel e discriminatório, porque ele te ensina a sonhar alto e a se esforçar, mas ele nunca te mostra o preço disso. Mas a forma que eu o vejo está errada porque eu ainda não aprendi a tirar o melhor das situações que tenho que enfrentar – afinal, o mundo é o que ele é. Cabe a mim me adaptar e tentar viver bem, apesar de tudo.

Olhando para trás, percebo que, durante esses anos de graduação, cometi muitos erros. Eu perdi muito nessa jornada, porque deixei de ser a pessoa extremamente produtiva e estudiosa que eu era antes. Sou muito mais estressada, ansiosa e desmotivada do que eu era. Mas eu ganhei muita coisa, também. Conheci pessoas incríveis (tanto professores quanto alunos) que me ensinaram muito. Tornei-me muito mais humana, tolerante e talvez até um pouquinho mais sábia.

Por isso, sei que errei muito, mas não tenho dúvidas de que estou saindo da Faculdade Nacional de Direito como uma pessoa muito melhor do que a que eu era quando entrei. Ainda não sou nem um décimo da pessoa que quero ser, mas estou no caminho certo, e sou muito grata pelos erros que cometi e que fizeram de mim quem sou hoje. E, embora os anos de graduação tenham acabado, agora percebo que ainda tenho muito, muito tempo, para errar muito, para aprender muito, e para tentar ser a melhor versão de mim possível.

E isso, como tudo na vida, é um esforço diário. Mas não há nada que eu possa fazer além de tentar.

Dito isto, gostaria de ir aos agradecimentos.

Primeiramente, agradeço aos meus pais. Não se sintam culpados pelo meu sofrimento. Talvez vocês tenham cometido alguns erros, mas está tudo bem, porque 1) eu também errei muito e 2) pais são só pessoas normais que erram como qualquer um e não há nenhum problema em reconhecer isso. O que importa é que vocês fizeram o melhor que podiam por mim e eu sou muito grata.

À minha irmã, por ser a melhor pessoa do mundo. Eu te amo muito. Você sempre será a minha melhor amiga.

Aos meus padrinhos e avós do coração, por terem sido uma importante e constante presença durante a minha criação. Vovô, sei que o senhor não gostaria dos posicionamentos políticos que tenho agora, mas queria que ainda estivesse aqui para ver o quanto eu estou crescendo.

Às amigas e amigos que fiz na FND, obrigada pela companhia e por todas as conversas. E obrigada por terem me ensinado tanto e por deixarem um pouco de vocês em mim. Espero ter sido capaz de ter feito o mesmo por vocês, também.

Às professoras e professores da FND, em especial à minha orientadora, obrigada pela seriedade, pelo profissionalismo e pelos grandes ensinamentos. A admiração que sinto pelas senhoras e pelos senhores foi um dos principais motivos para me fazer querer continuar no curso nos meus momentos de crise.

Por fim, agradeço a todos aqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, para a minha formação e para a feitura desta monografia.

“E, talvez, eu tenha cometido um erro ontem. Mas o eu de ontem continua sendo eu. Hoje, eu sou quem sou, com todas as minhas falhas e meus erros. Amanhã, eu talvez seja um pouco mais sábio, e aquele será eu, também. Essas falhas e erros são o que eu sou, formando as estrelas mais brilhantes na constelação da minha vida. Eu aprendi a me amar por quem eu sou, por quem eu era, e por quem eu espero me tornar.”

(Kim Namjoon)

RESUMO

Em um contexto no qual a justiça penal negociada ganha um maior espaço no ordenamento jurídico brasileiro, a delação premiada representa um instituto de uso cada vez mais recorrente, especialmente em um cenário de expansão de grandes operações investigativas tais como a Operação Lava Jato. Partindo-se dessa premissa, torna-se imprescindível a análise cuidadosa do instituto e de seu funcionamento. Nesse contexto, a teoria dos jogos surge como uma ferramenta que pode ser utilizada para entender a interação estratégica entre tomadores de decisão racionais. O objetivo do presente trabalho é, após o desenvolvimento dos conceitos principais, demonstrar de que forma a referida teoria pode ser usada no caso da delação premiada, utilizando a Operação Lava Jato como exemplo.

Palavras-chave: Delação premiada, Teoria dos jogos, Operação Lava Jato, Justiça criminal negocial.

ABSTRACT

In a context where negotiated criminal justice gains a greater space in Brazil's legal system, awarded collaboration represents an institute of increasingly recurrent use, especially in a scenario of expansion of large investigative operations such as Operation Lava Jato. Starting from that premise, it is essential to carefully analyze this institute and the way it works. In this context, game theory emerges as a tool that can be used to understand strategic interaction between rational decision-makers. The objective of the present work is, after the development of the main concepts, to demonstrate how this theory can be applied to awarded collaboration, using the Lava Jato Operation as an example.

Keywords: Awarded collaboration, Game theory, Lava Jato Operation, Negotiated criminal justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. A DELAÇÃO PREMIADA.....	16
1.1 Justiça criminal negocial, barganha e delação premiada	16
1.2 A delação premiada na legislação brasileira	18
1.2.1 A Lei nº 12.850/2013	24
1.2.2 A resolução de conflitos aparentes de normas	26
1.3 A natureza jurídica da delação premiada	28
1.4 O procedimento de delação premiada	29
1.5 Principais críticas à lógica negocial no processo penal	32
2. A TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICAÇÃO À DELAÇÃO PREMIADA	36
2.1 Noções gerais sobre a teoria dos jogos	36
2.2 O Dilema do Prisioneiro	40
2.3 A aplicação da teoria dos jogos no direito	47
2.3.1 A impureza teórica da aplicação da teoria dos jogos à delação premiada	49
2.3.2 Elementos do jogo negocial da delação premiada.....	53
2.3.2.1 Jogadores internos e externos	53
2.3.2.2 Regras do jogo	54
2.3.2.3 Prêmios e recompensas desejados	56
2.3.2.4 Estratégias e táticas utilizadas	60
3. A DELAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO SEGUNDO A TEORIA DOS JOGOS.....	61
3.1 A Operação Lava Jato	61
3.2 A Leitura de acordo com a teoria dos jogos.....	62
3.2.1 Jogadores internos e externos	63
3.2.1.1 Identificando os jogadores na Operação Lava Jato	63
3.2.2 Regras do jogo	64
3.2.2.1 Os critérios para a homologação	64
3.2.3 Prêmios e recompensas desejadas	67
3.2.3.1 O combate à corrupção e a ideia de emergência.....	67
3.2.4 Estratégias e táticas utilizadas	71
3.2.4.1 O uso da prisão cautelar.....	71

CONCLUSÃO.....	74
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

A delação premiada consiste em um acordo realizado entre a acusação e a defesa no qual o réu auxilia na investigação criminal em troca da redução das consequências sancionatórias à sua conduta delitiva.¹ O uso da delação premiada foi consideravelmente expandido após o início da Operação Lava Jato, em 2014, o que demonstra uma maior importância de tal mecanismo de justiça penal negociada.

Atualmente, entretanto, o Brasil é – ou deveria ser – um Estado que se pauta em ideais democráticos, no qual prevalece o respeito aos direitos humanos e são seguidos os vetores do garantismo penal. Nesse contexto, não é possível admitir meios que ferem as garantias individuais, por mais nobres que os fins aparentem ser. É por isso que não se admite a tortura como meio investigativo, por exemplo.²

É importante destacar que, apesar de sua vertiginosa expansão, a delação premiada é um instituto que possui diversas incongruências e que fere princípios constitucionais, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a vedação da autoincriminação compulsória. Além disso, muitos questionam o caráter antiético da colaboração, visto que ela pode ser interpretada como uma forma de o Estado incentivar e premiar a traição.

A teoria dos jogos, por sua vez, é um conjunto de ferramentas originalmente desenvolvido no contexto da matemática aplicada e da economia, podendo ser conceituada, ainda, como uma linguagem usada para descrever e prever um comportamento estratégico. Situações estratégicas são situações nas quais uma pessoa gostaria de prever como uma segunda pessoa vai se comportar ao tomar uma decisão, e a segunda pessoa gostaria de fazer o mesmo com relação à primeira. Envolvem, tipicamente, dois ou mais tomadores de decisão, além da possibilidade de ligar uma decisão à outra.³

Por se inserir no contexto da matemática aplicada, a teoria dos jogos é uma teoria que tem como principal objetivo estabelecer uma formalização da experiência e da atividade prática, tal

¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55-56.

² GARDA, Roberto Soares. *Delação premiada: ética e moral, às favas!*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 159, fev. 2006, p. 2.

³ PICKER, Randal C. *An Introduction to Game Theory and the Law*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, nº. 22, 1994, p. 2.

como a teoria da decisão.⁴ Dessa forma, a teoria dos jogos passou a ser aplicada para a análise de fenômenos sociais e políticos que estão, em princípio, desvinculados de questões econômicas. Um dos fenômenos passíveis de análise é o direito, especialmente ao se considerar a narrativa do dilema do prisioneiro que, embora não tenha sido originalmente formulada como o objetivo de relatar questões criminológicas de maneira fidedigna, possa ser utilizada para este fim.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é utilizar a teoria dos jogos como uma ferramenta para interpretar a delação premiada, utilizando-se, a título de exemplo, a Operação Lava Jato, com a finalidade de se observar de que forma a teoria em questão pode ser útil à análise de um instituto processual penal, bem como de avaliar as consequências dessa análise, observando se seu impacto é positivo ou negativo para os direitos e garantias fundamentais.

Nesse âmbito, ressalta-se que o ponto de partida é a hipótese de que a maneira como a delação premiada é aplicada guarda íntima relação com o “dilema do prisioneiro” e que tal funcionamento estratégico é extremamente prejudicial para a democracia brasileira, principalmente quando utilizado de forma desenfreada.

O principal método a ser utilizado é o da revisão bibliográfica, com o objetivo de encontrar livros e artigos sobre o tema, para que seja possível apresentar os conceitos e desenvolvê-los corretamente. Com relação à delação premiada, é imprescindível, ainda, o método histórico, visto que é importante realizar um apanhado de toda a legislação sobre o instituto, além da jurisprudência dominante.

Por fim, é importante reiterar o uso de uma perspectiva crítica do presente projeto com relação aos institutos aqui abordados, sendo necessário apresentar os institutos para depois realizar as devidas críticas e, se necessário, propor soluções.

⁴ SOUSA, João Ramos de. *Julgamento sem romance: processo penal, literatura jurídica e teoria dos jogos: uma análise econômica*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 13, n. 3, p. 387-416. jul./set. 2003, p. 392.

1. A DELAÇÃO PREMIADA

1.1 Justiça criminal negocial, barganha e delação premiada

A justiça criminal negocial ou consensual é um modelo pautado na aceitação, por ambas as partes, de um acordo processual que tem como consequência o afastamento do réu da sua posição de resistência, acarretando um abreviamento do processo com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum tipo de benefício para o imputado, que renunciou à sua defesa.⁵ Geralmente, a utilização de métodos de justiça criminal consensual está relacionada ao discurso de busca pela celeridade e eficiência processual.

No contexto da justiça criminal consensual se inserem a barganha e a delação premiada, devendo se destacar que há significativas diferenças entre os dois institutos. A barganha consiste na renúncia do réu a sua posição de resistência com o objetivo de viabilizar, de forma mais rápida, a sua própria punição, enquanto a renúncia efetuada na delação ou colaboração premiada⁶ acarreta, em geral, consequências para terceiros, visto que envolve o fornecimento de informações – nesse âmbito, trata-se, essencialmente, de uma negociação sobre elementos de prova⁷ – referentes a outros indivíduos envolvidos em organizações criminosas com o objetivo de desestruturá-las.

Ambos os institutos ocasionam, na prática, um abreviamento do procedimento de persecução penal, mas a supressão processual é diferente nos dois casos. Conforme destacado por Vasconcellos (2017):⁸

“(...) a diferenciação fundamental entre tais institutos diz respeito à manutenção do processo de obtenção de outros elementos probatórios para fundamentar a eventual sentença condenatória. Por um lado, a barganha é um mecanismo que, a partir da conformidade do acusado, autoriza a imposição de sanção penal com a supressão do transcorrer normal do processo. A colaboração premiada, ao menos em teoria,

⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit*, pág. 21.

⁶ É importante ressaltar que existem divergências doutrinárias com relação a nomenclatura correta do instituto. Os defensores do termo “colaboração premiada”, tais como Pereira (2016 *apud* Vasconcellos, 2017, p. 58) afirmam que esse termo é mais correto devido ao fato de que é aquele utilizado na Lei nº 12.850/2013, que estabelece a possibilidade de acordos que não tem como objetivo a delação de eventuais partícipes do delito. Defendem, ainda, que o termo “delação premiada” possui um cunho negativo que deturpa a função do instituto, que consistem em auxiliar na investigação. Os defensores desta última nomenclatura, cabendo citar Bittencourt e Busato (2014 *apud* Vasconcellos, 2017, p. 59), dizem, entretanto, que definir o instituto em questão como “colaboração” esconde o seu caráter de esvaziamento da posição defensiva do imputado, o que gera uma grave violação da presunção de inocência. Portanto, seria mais adequado utilizar o termo “delação”, tendo em vista a sua associação com uma conduta moralmente reprovável de traição. Apesar de tais discussões, nesta monografia, os termos “delação premiada” e “colaboração premiada” serão utilizados como se sinônimos fossem, já que tal discussão não é o foco do tema aqui discutido. (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit*, pág. 58-59)

⁷ ZILLI, Marcos. *No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. Boletim do IBCCRIM*, n. 300, novembro 2017, pág. 4.

⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.cit.*, pág. 25.

pressupõe a corroboração dos elementos a partir dela admitidos, mantendo a necessidade de produção probatória e os autos do procedimento de instrução e julgamento”

É importante destacar que os sistemas de justiça criminal negocial se consolidam em países nos quais o processo penal é fundado na premissa adversarial – tal como ocorre no caso do *plea bargaining*, nos Estados Unidos, no qual o promotor propõe ao acusado que ele confesse sua culpa, renunciando ao direito de ser levado a julgamento, em troca de uma sanção criminal mais branda do que aquela que seria aplicada se a sua culpa fosse determinada em sede de julgamento.⁹

Deve-se destacar, entretanto, que a negociação processual não pertence ao material genético do modelo adversarial, tendo se construído de maneira gradativa ao longo do tempo. Segundo Langbein (1978) a substituição do julgamento por júri pelo *plea bargaining* nos Estados Unidos, por exemplo, se deu no período entre o final do século XVIII e meados do século XX, no qual ocorreu vasta modificação do julgamento por júri.

Inicialmente, tratava-se de um procedimento eficiente, de caráter sumário, no qual havia mais de um julgamento por dia. De acordo com o autor, com o passar do tempo, as garantias individuais no processo penal foram expandidas e a salvaguarda dos direitos do acusado fez com que o *standard* de prova exigido para a condenação fosse se tornando cada vez mais rígido, o que demandava mais tempo de julgamento. Em 1968, um julgamento pelo júri em Los Angeles durava, em média, 7.2 dias. Dessa forma, o procedimento em júri tornou-se ineficiente e impraticável sob o ponto de vista da acusação, o que criou a necessidade do surgimento de um sistema alternativo, a saber, a barganha, na qual o réu confessaria sua culpa, retirando o ônus probatório da acusação.¹⁰

Após a Segunda Guerra Mundial, aspectos da justiça criminal negocial passaram a ser absorvidos por outros países, o que acarretou, conforme Zilli (2017), a incorporação de fórmulas alternativas de persecução penal que escapam à tradição e à cultura do sistema processual receptor. Estas fórmulas, mesmo que adaptadas, trazem um risco de

⁹ LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978, pág. 8.

¹⁰ O autor aponta, inclusive, que esse processo foi similar ao do surgimento da utilização da tortura, na Europa Medieval, como meio para extrair a confissão do réu, existindo uma diferença de grau, e não de gênero, entre a justiça negocial – na forma do *plea bargaining* – e a tortura. O autor destaca que ambos os sistemas se tornaram insustentáveis pois não eram capazes de oferecer os níveis utópicos de proteção que prometiam alcançar, o que culminou no surgimento de uma forma alternativa de fazer com que o réu confessasse sua culpa, o que acarreta a renúncia à proteção garantida: “Each system found itself unable to recant directly on the unrealistic level of safeguard to which it had committed itself, and each then concentrated on inducing the accused to tender a confession that would waive his right to the safeguards”. *ibidem*, p. 10-11.

imprevisibilidade ao serem adicionadas. Mas o fato de um sistema processual penal priorizar a figura do juiz, ao invés das partes, não é, por si só, um impedimento à utilização dos mecanismos da justiça penal negociada.

No caso do Brasil, a justiça criminal consensual tem o seu exemplo mais marcante de informalização a partir da inserção de propostas procedimentais no contexto dos Juizados Especiais Criminais,¹¹ nos quais são julgadas as infrações penais de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei nº 9.099/1995. Nesse âmbito, ganhou destaque a figura da transação penal,¹² que, embora institua certa liberdade de negociação para as partes envolvidas, não se trata de uma disponibilidade plena, visto que o procedimento continua a ser controlado e fiscalizado pelo juiz, o que também ocorre no caso de suspensão condicional do processo,¹³ aplicável a crimes de média gravidade.

Dessa forma, é evidente que os mecanismos de justiça penal negociada não foram meramente implantados no direito brasileiro, mas sim traduzidos para melhor se adequarem ao sistema processual nacional.¹⁴

A mesma lógica de tradução foi inserida no caso de delação premiada. Observa-se, entretanto, que a partir da Lei nº 13.850/2013 houve uma expansão de sua utilização. A perspectiva mais célere e, supostamente, mais eficaz, de apuração dos fatos torna-se tentadora, o que acarreta força expansiva do desenho do instituto da colaboração processual, pressionando-a para fora dos limites imaginados pelo legislador, que procurou estabelecer que a liberdade das partes não é plena.

Apesar de tentador, o uso cada vez maior da justiça negociada no âmbito penal não é um fenômeno isento de críticas, como será demonstrado a seguir.

1.2 A delação premiada na legislação brasileira

¹¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.cit.*, pág. 26.

¹² Segundo o art. 76 da Lei nº 9.099/95, a transação penal consiste na possibilidade o Ministério Público propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa durante a fase preliminar do processo. Para ter eficácia, deverá ser acolhida pelo juiz, que aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. Além disso, a sanção estipulada não constará de certidão de antecedentes criminais – salvo para impedir que o benefício seja utilizado novamente no prazo de cinco anos –, e não terá efeitos civis.

¹³ Hipótese do art. 89 da Lei nº 9.099/95, consiste na proposta de suspensão do processo pelo período de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Além disso, devem estar presentes os requisitos do art. 77 do CP. A proposta ocorre no momento do oferecimento da denúncia.

¹⁴ ZILLI, Marcos. *Op.cit.*, pág. 4.

A delação premiada possui, no ordenamento jurídico brasileiro, uma normativa pouco regular e desorganizada.¹⁵ A primeira lei promulgada após a Constituição de 1988 que deve ser destacada é a Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/1990), que dispõe, em seu art. 8º:

Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

O *caput* do dispositivo supramencionado faz referência aos crimes hediondos praticados em associação criminosa,¹⁶ e, no parágrafo único, é inserida uma causa de diminuição da pena de um a dois terços, destacando-se o “desmantelo” da associação criminosa como a consequência da denúncia do participante do delito para que o benefício seja concedido.

A Lei de Crimes Hediondos acrescentou ao art. 159 do Código Penal – que tipifica o crime de extorsão mediante sequestro – o §4º, que prevê a diminuição de pena para o coautor ou partícipe que auxilie na libertação do sequestrado.¹⁷

Originalmente, era utilizada no dispositivo em questão a terminologia “quadrilha ou bando”. O §4º do art. 159 do Código Penal foi, entretanto, alterado posteriormente pela Lei nº 9.269/1996, passando a figurar na redação atual – que permanece vigente – o termo “em concurso”. Essa troca terminológica tem como maior consequência o aumento da abrangência do benefício previsto, visto que a quadrilha ou bando¹⁸ seria apenas o grupo de três ou mais pessoas que se associa para cometer crimes, enquanto o crime cometido em concurso considera diversas formas de coautoria e participação em grupos com números de pessoas distintos.

O benefício previsto, entretanto, continuou o mesmo, a saber, a redução da pena de um a dois terços. Nesse âmbito, é importante ressaltar que a Lei de Crimes Hediondos, tanto no parágrafo único de seu art. 8º quanto no §4º do art. 159 do Código Penal, regulamenta a delação premiada apenas em seu aspecto material,¹⁹ dado que prevê apenas a concessão do benefício de

¹⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.cit.*, pág. 26

¹⁶ Segundo o art. 288 do Código Penal, cometem crime de associação criminosa o grupo de três ou mais pessoas que se associa com o fim específico de cometer crimes. A pena é de reclusão, um a três anos, e poderá ser aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

¹⁷ Código Penal, art. 159, § 4º: “Se o crime [extorsão mediante sequestro] é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

¹⁸ Atualmente, associação criminosa, conforme a alteração realizada pela Lei nº 12.850/2013 no art. 288 do Código Penal.

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.cit.*, pág. 70.

redução de pena sem pormenorizar de que forma se dá o procedimento de colaboração entre o indiciado e a acusação.

A segunda lei que merece destaque é a antiga Lei de Organizações Criminosas, a Lei nº 9.034/1995. Apesar dessa lei já ter sido revogada, sua análise é importante para avaliar de que forma o instituto se desenvolveu no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei nº 9.034/1995 estabelecia, em seu art. 6º: “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Com relação a esse dispositivo, é interessante destacar a necessidade de espontaneidade na colaboração do agente, que acarretou diversas discussões doutrinárias.²⁰ Após o advento da Lei nº 12.850/2013, entretanto, tais discussões foram superadas, visto que a espontaneidade não é mais um requisito necessário para que a colaboração seja efetuada.²¹

Outra lei que merece destaque é a Lei nº 9.080/1995, a qual consiste em um diploma alterador que acrescentou o §2º ao art. 25 da Lei nº 7.492/1986 (Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro) e o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137/1990 (Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo). Dispõe os textos normativos dos dispositivos citados, respectivamente:

Lei nº 7.492/1986 – art. 25. São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes (Vetado).

§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Lei nº 8.137/1990 – art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.cit.*, pág. 26.

²¹ A superação da discussão doutrinária deu-se devido ao fato de que a Lei nº 12.850/2013 utiliza como requisito para a validade do acordo a voluntariedade do imputado, e não a sua atuação espontânea. Isso significa que se deve garantir que o acusado está atuando conforme sua própria vontade e não que ele deve ser o responsável por iniciar as tratativas para um acordo com a acusação, pois o próprio Promotor de Justiça ou Delegado de Polícia pode desempenhar esse papel. É importante destacar que exigir a espontaneidade como requisito para a delação premiada, além de importar na inserção de um requisito não mais previsto em lei, diante da troca terminológica entre a antiga e a nova Lei de Organizações Criminosas, seria algo quase impossível de se colocar em prática, não só porque a acusação não possui os meios necessários para avaliar as verdadeiras motivações do colaborador mas também pelo fato de que não cabe ao direito penal inserir condições morais para a concessão de benefícios (*ibidem*, pág. 138).

É importante observar que, com estes dois dispositivos, as possibilidades de aplicação da delação premiada são ampliadas a outros tipos penais, passando a abranger os crimes contra o sistema financeiro e os crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. Nota-se, entretanto, que apesar da expansão do instituto em termos de tipos penais aos quais pode ser aplicado, o benefício previsto permanece essencialmente o mesmo, e ainda não há nenhuma previsão procedimental. Além disso, é importante destacar que a exigência de espontaneidade, existente em ambos os dispositivos acrescentados pela Lei nº 9.080/1995 foi derogada pela nova Lei de Organizações Criminosas, como anteriormente mencionado.

Em 1998, foi promulgada a Lei nº 9.613/1998, também conhecida como Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, que estabeleceu a possibilidade de colaboração premiada no §5º de seu art. 1º, no qual é tipificado o crime de lavagem de dinheiro, conforme observado a seguir:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

(...)

§ 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente²² com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

É possível notar algumas inovações ao comparar esse dispositivo aos outros anteriormente apresentados, embora ele também não apresente aspectos processuais da delação premiada. A primeira inovação que pode ser observada é com relação aos benefícios elencados, pois é evidente que foram previstas recompensas aplicáveis ao réu colaborador que vão além da redução de pena que é mencionada nas leis anteriores, a saber: o cumprimento da pena em regime semiaberto ou aberto, a possibilidade de perdão judicial e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Além disso, deve-se ressaltar que o parágrafo sob análise elenca três resultados que poderão ensejar o recebimento de um dos benefícios: a apuração das infrações penais, a identificação dos autores, coautores e partícipes ou a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. A inovação reside no fato de que os dispositivos anteriores previam apenas um resultado que dependia do caráter do crime supostamente cometido.

Todas as leis citadas até o presente momento tratavam a colaboração premiada apenas no âmbito de seus efeitos para o acusado, ou seja, dos benefícios penais fornecidos ao réu, após a

²² Como mencionado anteriormente, a exigência de espontaneidade foi derogada pela Lei nº 12.850/2013.

efetividade de sua atuação. Entretanto, a Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas – Lei nº 9.807/1999 – abordou a questão da delação premiada sob outra perspectiva, criando direitos e garantias para o réu delator, especialmente no tocante à preservação de sua identidade, para impedir que os corréus delatados atentassem contra ele ou contra a sua família.

Há, na lei supracitada, um capítulo específico que faz referência ao réu colaborador, composto pelos arts. 13, 14 e 15. Nos dois primeiros dispositivos, são elencados os benefícios que podem ser adquiridos pelo réu colaborador, bem como as condições necessárias para que eles sejam alcançados:

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa,

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada,

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Logo, observa-se que, para o réu primário, há a possibilidade de perdão judicial, quando sua colaboração tenha como resultados o disposto em um ou mais incisos do art. 13. A concessão de tal benefício deve considerar, ainda, a personalidade do acusado, bem como a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato. O art. 14 prevê um benefício menor, que apenas reduz a pena, sem extingui-la, e pode ser aplicada a qualquer réu colaborador, independentemente da reincidência ou dos maus antecedentes, desde que sejam alcançadas as finalidades expostas na parte final do dispositivo.

Os mecanismos de proteção ao réu colaborador, por sua vez, estão dispostos no art. 15 do mesmo diploma legal:

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

O art. 15 da Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, ao trazer uma previsão que está fora do âmbito dos efeitos penais da delação premiada, simbolizou um avanço representativo na expansão desse instituto.²³

Assim como a Lei nº 9.807/1999, a Lei nº 10.409/2002 (Lei de Drogas), posteriormente revogada pela Lei nº 11.343/2006, trazia, em seu art. 32, §2º, uma abordagem diferenciada quanto à delação premiada, que foi tratada como um acordo entre o Ministério Público e a defesa. Além disso, foram mencionados, como possíveis benefícios, o sobrestamento do processo e a redução de pena, em *quantum* não especificado, o que demonstra uma divergência com relação a dispositivos anteriores, que especificavam os limites da diminuição, e os resultados elencados no dispositivo são meramente exemplificativos, como é possível verificar na cláusula de abertura contida na parte final do dispositivo, que também não estava presente em nenhum dispositivo anterior:

Art. 32, § 2º. O sobrestamento do processo ou a redução da pena podem ainda decorrer de acordo entre o Ministério Público e o indiciado que, espontaneamente, revelar a existência de organização criminosa, permitindo a prisão de um ou mais dos seus integrantes, ou a apreensão do produto, da substância ou da droga ilícita, ou que, de qualquer modo, justificado no acordo, contribuir para os interesses da Justiça.

Entretanto, como anteriormente mencionado, tal dispositivo não está mais em vigor, visto que a Lei nº 10.409/2002 foi revogada pela Lei nº 11.343/2006. Esta última também prevê a possibilidade de delação premiada em seu art. 41. Tal prescrição, porém, apenas repete disposições de leis anteriores, não havendo inovações significativas:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Por fim, deve-se destacar a Lei nº 12.850/2013, também chamada de Lei de Organizações Criminosas, na qual a delação foi regulamentada, de maneira inédita, sob seus aspectos processuais. Há, na aludida lei, um capítulo específico para a colaboração premiada, composto pelos arts. 4º, 5º e 6º.

Em função das diversas especificidades deste diploma legal, faz-se necessário abordá-lo em tópico próprio, destacando-se, porém, desde já, que embora a Lei nº 12.850/2013 tenha apresentado inegáveis avanços em termos de delimitação e regulamentação da delação premiada, ela também representou, paradoxalmente, o primeiro passo para o triunfo da justiça criminal negociada no processo penal brasileiro.²⁴

²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.cit.*, pág. 72.

²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 73.

1.2.1 A Lei nº 12.850/2013

A Lei de Organizações Criminosas foi o primeiro diploma legal do ordenamento jurídico brasileiro a se preocupar com a regulamentação procedimental da delação premiada, estabelecendo direitos e garantias para o colaborador, bem como as possibilidades de celebração do acordo e os prêmios que poderão ser concedidos após a produção probatória. Entende-se que, com esta lei, o direito premial deixa de ser parte apenas do direito material para instalar-se, oficialmente, na persecução penal como um meio consensual de obtenção de possíveis provas, de esclarecimento de fatos e de indicação de autoria.²⁵

A Seção I do Capítulo II da Lei nº 12.850/2013, composta pelos arts. 4º, 5º, 6º e 7º, traz o regramento específico da delação premiada, que é definida como um meio de obtenção de prova que pode ser utilizado em qualquer fase da persecução penal²⁶ e até mesmo após a sentença condenatória.²⁷

O art. 4º estabelece quais serão os benefícios concedidos ao réu colaborador, destacando que a concessão dos mesmos está condicionada à obtenção de um ou mais dos resultados listados nos incisos do referido dispositivo:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

- I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas,
- II – a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa,
- III – a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa,
- IV – a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa,
- V – a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Deve-se notar que a incriminação de outros envolvidos na prática criminosa não é o único resultado possível da colaboração premiada, embora seja aquele que mais ocorre na prática.²⁸

²⁵ ZILLI, Marcos. *Op.cit.*, pág. 4.

²⁶ Art. 3º, caput e inciso I, da Lei nº 12.850/2013: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada, (...)”

²⁷ Art. 4º, §5º da Lei nº 12.850/2013: “Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.”

²⁸ Nesse âmbito, é importante destacar que o aspecto incriminatório da delação premiada é utilizado pelos seus defensores para justificar a sua necessidade, especialmente nos casos da criminalidade organizada: “Nessa linha, a colaboração premiada apresenta importância premente quando se enfrenta o crime organizado. Em razão de suas características – sobretudo, a lei do silêncio (*omertá*), imposta pela violência e a ‘cultura da supressão da prova’ - os instrumentos tradicionais não dão respostas eficazes. Deve-se lembrar, ainda, que em determinados

Além disso, é importante ressaltar que os benefícios são taxativamente listados em lei, não sendo possível conceder nenhum outro tipo de benefício sob o argumento de que, se o perdão judicial – o “prêmio máximo” – pode ser concedido, qualquer outro também pode. Possibilitar que prêmios não listados em lei sejam oferecidos ao réu em troca de informações significa, na prática, aumentar a coercitividade da celebração do acordo, o que compromete a voluntariedade do réu.

O benefício de perdão judicial poderá ser concedido mesmo quando não fizer parte do acordo inicial, nos termos do §2º do art. 4º. A concessão dos benefícios deve levar em consideração “a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração” (art. 4º, §1º).

O art. 4º traz, ainda, a possibilidade de suspensão de prazo para oferecimento de denúncia, pelo prazo máximo de um ano²⁹ e, até mesmo, de ausência do seu oferecimento, nos seguintes termos:

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I – não for o líder da organização criminosa,

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

A determinação do inciso I se justifica pelo fato de que a delação premiada, por ter como um de seus objetivos a desestruturação de organizações criminosas, deve possibilitar que benefícios significativos sejam concedidos aos subordinados, para que estes se voltem contra a organização, possibilitando a punição dos grandes líderes.³⁰ Com relação ao inciso II, deve-se ressaltar o perigo desta condição, visto que pode acarretar uma corrida para celebração de acordos na qual os réus se utilizam de meios duvidosos para adquirir os indícios que necessitam.

É imprescindível que o juiz não participe das negociações do acordo,³¹ visto que seu contato com as cláusulas que estão sendo negociadas pode comprometer sua imparcialidade. A

tipos de criminalidade não há testemunhas presenciais e as únicas pessoas que podem fornecer informações são os próprios envolvidos. Justamente por isto, a colaboração premiada surge como instrumento que permite o enfrentamento eficaz destas novas formas de criminalidade, visando permitir uma persecução penal eficiente e, sobretudo, melhorar a qualidade do material probatório produzido”. (MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, vol. 04, p. 01-38, 2013).

²⁹ Art. 4º (...) § 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

³⁰ TROTT, Stephen S. O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial. Trad. Sérgio Fernando Moro. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007, pág. 74.

³¹ Art. 4º, §6º, da 12.850/2013.

atuação do magistrado se limita a fiscalização do acordo, que se dá em dois momentos principais: na homologação e no sentenciamento.

A homologação do termo do acordo é uma inovação trazida pela Lei nº 12.850/2013 que acarreta maior segurança para o colaborador, visto que o acordo homologado vincula o juiz no momento do sentenciamento. Segundo o art. 4º, §7º da lei em questão, o juiz deverá verificar a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo.

Dessa forma, devem ser avaliados os aspectos formais da delação premiada, ou seja, seus pressupostos e requisitos, a voluntariedade do imputado³² a legalidade das cláusulas. Não é o momento de avaliar o mérito da questão – no sentido de avaliar se as alegações que o réu colaborador pretende provar são ou não verdadeiras –, por isso, homologação não será efetuada somente quando a proposta não atende os requisitos legais ou não é adequada ao caso concreto (art. 4º, § 8º).

O juiz, ao prolatar a sentença, deverá examinar a efetividade da colaboração e determinar o benefício a ser concedido ao colaborador, e, se todas as cláusulas forem cumpridas, é obrigatória a concessão dos benefícios.

É importante ressaltar que a vinculação do juiz é apenas com relação ao mínimo do benefício, podendo ser concedida uma redução de pena maior ou um outro prêmio mais benéfico, de acordo com o §2º do art. 4º da Lei 12.850/13. Além disso, a vinculação não impõe a condenação necessária, podendo o réu colaborador ser absolvido.

São estabelecidos, ainda, os direitos do colaborador no art. 5º da lei sob análise:

Art. 5º São direitos do colaborador:

- I – usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica,
- II – ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados,
- III – ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes,
- IV – participar das audiências sem contato visual com os outros acusados,
- V – não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito,
- VI – cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

1.2.2 A resolução de conflitos aparentes de normas

Mesmo após a promulgação da Lei 12.850/2013, o cenário legislativo sobre a colaboração premiada continua extremamente caótico, sendo importante destacar que a abundância de normas pode criar conflitos que dificultam a aplicação do instituto no caso concreto. Nesse

³² Nesse âmbito, é importante destacar que o art. 4º, §7º da Lei 12.850/2013 estabelece que o juiz poderá designar audiência sigilosa com o colaborador e seu defensor para que possa ouvi-lo com relação à sua voluntariedade em celebrar o acordo.

âmbito, é importante destacar que é possível discutir tanto a norma de direito material – ou seja, aquela que contempla os requisitos para a delação premiada e os possíveis benefícios que podem ser concedidos ao colaborador – quanto a norma de direito processual que deve ser aplicada.

Com relação ao aspecto material do instituto, reconhece-se que a Lei 9.807/99 – Lei de Proteção à Vítimas e Testemunhas – traz o “sistema geral da delação premiada”, sendo necessário que os requisitos elencados nela estejam presentes, no caso concreto, para a concessão dos benefícios.³³ Uma importante consequência desse posicionamento é a possibilidade de, em abstrato, aplicar a delação premiada a qualquer espécie de delito, visto que a Lei 9.807/99 não apresenta restrições quanto o tipo ou gravidade do crime, ao contrário de outras normas que regulam a matéria. A ampliação do instituto não é, entretanto, a melhor opção na prática.

Diante do fato de que Lei 9.807/99 criou um regime aplicável a todos os casos, surgiram duas posições distintas. A primeira, defendida por Fonseca (2008 *apud* Vasconcellos, 2017, p. 75) é aquela segundo a qual a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, por estabelecer um regramento material geral, teria revogado implicitamente todas as leis anteriores, que estabeleciam regras matérias para a colaboração premiada em delitos específicos. Segundo tal corrente, permaneceriam em vigor apenas as Leis 11.343/2006, 9.613/1998 e 12.850/2013.

Entretanto, não houve revogação expressa, o que faz outros autores, tais como Mendroni (2014 *apud* Vasconcellos, 2017, p. 75) e Pacelli (2016 *apud* Vasconcellos, 2017, p. 75) defenderem que cada lei continua possuindo o seu âmbito de aplicabilidade, conforme os critérios da hierarquia, cronologia e, especialmente, da especialidade, e é nisso que consiste o segundo posicionamento.

Por fim, com relação ao aspecto material, deve-se destacar que prevalece o entendimento de que, quando ocorre conflito entre as leis nº 9.807/1995 e nº 12.850/2013, deve ser aplicada, ao caso concreto, a lei que for mais benéfica para o réu colaborador.

O aspecto processual da delação premiada, por sua vez, é regido pela Lei nº 12.850/2013. Devido à lacuna anterior à Lei de Organizações Criminosas, a maior parte da doutrina afirma que deve ser aplicado, por analogia, o procedimento estabelecido na Lei nº 12.850/2013 a todos

³³ Conforme posicionamento adotado pelo STJ no julgamento do HC 97.509: “Com efeito, o sistema geral de delação premiada está previsto na Lei 9.807/99. Apesar da previsão em outras leis, os requisitos gerais estabelecidos na Lei de Proteção a Testemunha devem ser preenchidos para a concessão do benefício.” (STJ, HC 97.509/MG, 5ª Turma, rel. Min Arnaldo Esteves, j. 15.06.2010)

os casos de delação premiada. Essa aplicação deve incluir até mesmo os casos de processos de colaboração iniciados antes de sua vigência, ou seja, a lei deve ser aplicada de forma retroativa.

1.3 A natureza jurídica da delação premiada

A questão da natureza jurídica da delação premiada já acarretou diversas controvérsias em âmbito doutrinário, visto que, apesar de a colaboração premiada estar inserida em um contexto de justiça criminal negociada – e, portanto, um contexto processual – a lei brasileira, por muitos anos, a regulou apenas em seu aspecto material, como benefício concedido ao réu que colabora com a instrução criminal.

Entretanto, após a promulgação da Lei nº 12.850/2013, tornou-se evidente que o instituto possui um caráter processual e a natureza jurídica de meio de obtenção de prova, conforme o texto expresso do art. 3º da aludida lei.

Deve-se destacar que meio de obtenção de prova consiste em uma forma de encontrar meios probatórios para comprovar determinado fato. Tais meios “são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova”.³⁴ Não são, por si só, fontes de conhecimento, mas servem para adquirir objetos ou declarações que serão dotados de força probatória. O mesmo pode ser dito com relação a outros institutos, como a interceptação telefônica e a busca e apreensão.

O posicionamento no sentido de considerar a delação premiada como um instituto processual com natureza de meio de obtenção de prova foi confirmado pelo STF no julgamento do HC 127.483/PR, em 27 de agosto de 2015, no qual estabeleceu-se, ainda, que, apesar de o acordo de delação premiada ser um meio de obtenção de prova, os depoimentos prestados pelo colaborador são meios de prova:

“Outrossim, o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador.

Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.”³⁵

Tal diferenciação é criticável, visto que o ideal seria que o depoimento do colaborador não fosse utilizado como prova incriminatória contra os delatados, visto que é pouco confiável e é difícil controlá-lo.³⁶ O mais correto seria se, por meio das informações oferecidas pelo

³⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 352.

³⁵ STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015. p. 10.

³⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 64.

delator no ato de celebração do acordo, fosse possível ter acesso a meios de prova que não dependem de seu depoimento.

Grinover *et al.* (2001),³⁷ partindo do entendimento do STF, defende que o depoimento do delator possui natureza dúplice, funcionando para si como confissão e, para os corréus, como prova testemunhal.

Não é correto, porém, defender tal entendimento.³⁸ Por um lado, as declarações do colaborador não se confundem com a confissão porque envolvem questões mais amplas, que transcendem à sua pessoa, enquanto a confissão seria admitir fato que incrimina apenas aquele que a efetua. Além disso, a definição do delator como testemunha é tecnicamente impossível, visto que ele possui na condenação do corréu e a testemunha, por definição, não pode ter interesse na causa.

Diante de tais questões, há, de acordo com Vasconcellos (2017),³⁹ dois posicionamentos possíveis. Um deles seria determinar uma natureza *sui generis* para o relato do delator, o outro seria de considerar o delator como um “informante”. Este último posicionamento foi adotado pelo STJ (RHC 67.493/PR).⁴⁰

O problema de inserir o delator na categoria de informante é o de que ela não presta compromisso legal de dizer a verdade, o que é incompatível com o regramento jurídico destinado ao delator – mais especificamente, art. 4º, §14 da Lei 12.850/2013, segundo o qual o delator renuncia ao direito ao silêncio e assume a obrigação de dizer a verdade.

Portanto, entende-se que o mais correto seria colocar o delator em uma categoria própria, visto que ele não se encaixa naquelas anteriormente existentes.

1.4 O procedimento de delação premiada

O procedimento da colaboração premiada é dividido em quatro fases, que podem ocorrer em qualquer das etapas da persecução penal. Nesse âmbito, é imprescindível que regramento estabelecido pela legislação que aborda a delação premiada – em especial, a Lei nº 12.850/2013 – seja rigorosamente seguido, visto que, no ambiente do processo penal, “forma é garantia”. As quatro fases que são, em regra, observadas do procedimento de delação premiada são: 1)

³⁷ GRINOVER, Ada P.; FERNANDES, Antônio S.; GOMES FILHO, Antônio M. *As nulidades no processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Ed RT, 2001 *apud* VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág . 65.

³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, p. 65.

³⁹ *Ibidem*, p. 68.

⁴⁰ STJ, RHC 67.493/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Feliz Fischer, j. 19/04/2016.

*negociações, 2) formalização/homologação, 3) colaboração efetiva e produção da prova, e, 4) sentenciamento e concretização do benefício.*⁴¹

A primeira fase é a das negociações e consiste no momento de definição dos contornos do acordo, na discussão das obrigações impostas e as renúncias assumidas pelo imputado. É imprescindível, nessa fase, o afastamento do órgão julgador, para preservar sua imparcialidade. Trata-se, portanto, de uma fase na qual são efetuadas discussões entre a acusação e a defesa, sendo importante ressaltar que o delator deve estar acompanhado de seu defensor em todos os atos.⁴²

Além disso, deve-se destacar que a fase de negociação é caracterizada pela existência de limites cognitivos à obtenção de informações, visto que:

“Questão de elevada complexidade diz respeito à profundidade das informações prestadas pelo colaborador no momento inicial de negociações do acordo, ou seja, antes da sua formalização e homologação. Por um lado, a acusação deve obter dados para embasar a decisão de propor/aceitar ou não o acordo, o que pressupõe elementos suficientes para verificar a necessidade e a relevância das possíveis colaborações do imputado. Por outro, o delator não pode apresentar tudo que sabe, sob risco de tornar-se inútil à persecução penal e inviabilizar a realização do acordo”.⁴³

Por fim, deve-se ressaltar que a fase de negociação será melhor abordada no capítulo seguinte, visto que ela se trata da fase na qual há o terreno mais fértil para a aplicação da Teoria dos Jogos.

A segunda fase consiste na formalização e homologação e é uma fase de extrema importância, constituindo em uma grande inovação trazida pela Lei nº 12.830/2013 que acarretou maior segurança e previsibilidade para acordo de delação premiada. A formalização do acordo se dá por meio de um termo escrito, que é redigido e aceito pelas partes e deve conter os elementos listados no art. 6º da Lei nº 12.850/2013. Antes da homologação, o juiz – que tem seu primeiro contato com o acordo no momento da formalização – deve designar uma audiência especial com a finalidade de ouvir o réu colaborador e verificar os requisitos da delação premiada, em especial a voluntariedade do réu, conforme o art. 4º, §7º da Lei nº 12.850/2013. Nesse momento, a função do juízo homologatório é, essencialmente, a de controlar os aspectos formais do acordo celebrado, tais como os seus pressupostos e requisitos, além dos demais elementos do termo e da negociação, como a voluntariedade do imputado e a legalidade das cláusulas propostas, por exemplo.⁴⁴

⁴¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 176.

⁴² Lei 12.850/2013, art. 4º, § 15: “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.”

⁴³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 177.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 184.

A terceira fase, por sua vez, é a da colaboração efetiva, na qual são efetuados os atos de execução do acordo. Nessa fase, que ocorre durante a persecução penal dos corréus, é iniciada a produção dos elementos incriminatórios que serão utilizados contra os indivíduos delatados. Há divergências doutrinárias e jurisprudenciais com relação ao momento da oitiva das declarações de conteúdo incriminatório do delator e a necessidade de respeito ao contraditório, mas é evidente que oitiva do colaborador não pode ser uma mera ratificação do depoimento em sede policial, e defende-se que ele deve ser submetido ao exame cruzado e ao contraditório.

Há, também, a quarta e última fase, de sentenciamento e de concessão do benefício, na qual há, pela segunda vez, a atuação direta do julgador. Será realizada a valoração da execução da colaboração e estipulado o benefício concreto a ser concedido, em decisão devidamente motivada. Deve-se lembrar que a homologação vincula o magistrado, logo, havendo cumprimento das cláusulas contratuais e a colaboração efetiva, o réu terá direito subjetivo ao prêmio prometido. Defende-se que a vinculação se refere, entretanto, apenas ao mínimo do benefício, sendo possível que, diante de uma colaboração com efeitos acima daqueles esperados, o juiz conceda uma sanção premial mais benéfica – desde que sejam respeitados os limites da Lei nº 12.850/2013. É possível notar, portanto, que o juízo realizado no sentenciamento é eminentemente comparativo.

Nesse âmbito, é importante destacar que a obrigação do réu colaborador não se trata de uma obrigação de resultado, mas sim de uma necessidade de cumprimento dos termos do acordo. Em outras palavras, a aferição da efetividade da colaboração não pode decorrer da obtenção da condenação ou prisão de corréu ou da real utilização das informações prestadas pelo colaborador às autoridades policiais na investigação ou pelo julgador na sentença condenatória.⁴⁵ O prêmio só deixará de ser concedido quando há um descumprimento manifesto do acordo, podendo haver a redução quando o cumprimento é parcial, conforme o caso concreto.

Além disso, deve-se ressaltar que, no momento do sentenciamento, a absolvição também é possível se não houver sido produzida nenhuma prova que corrobore o relato do delator, já que a colaboração premiada não é prova suficiente para fundamentar uma condenação.

Por fim, é imprescindível destacar que, embora a investigação preliminar seja, por excelência, o momento da colaboração premiada, ela pode ser efetuada em qualquer momento da persecução penal, conforme o art. 3º, I, da Lei nº 12.850/2013. Portanto, o procedimento dividido nas fases anteriormente descritas é o padrão, no qual a colaboração se oficializa antes

⁴⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 204.

do início formal do processo. É possível que a delação premiada seja efetuada após o recebimento da denúncia – a chamada colaboração intercorrente –, em âmbito recursal – colaboração tardia – situação na qual a homologação é efetuada pelo relator, e até mesmo após o trânsito em julgado, durante a execução penal.

1.5 Principais críticas à lógica negocial no processo penal

Segundo Vasconcellos (2017), existem diversas críticas que podem ser direcionadas, em geral, à lógica negocial no processo penal e, em particular, à delação premiada. Tais críticas, que expõem incongruências entre a justiça criminal negocial e o devido processo legal podem ser divididas em dois tipos, sendo a primeira modalidade composta por críticas de cunho material e a segunda, de críticas de caráter processual.

A primeira crítica de natureza material consiste no fato de que, com a utilização da delação premiada, ao réu que efetua acordos com a acusação, é direcionado um tratamento diferenciado daquele dispensado aos demais, o que é uma violação aos princípios da culpabilidade e do tratamento igualitário dos indivíduos. Há uma supervalorização das escolhas táticas no decorrer do processo, deixando a sanção penal de ser aplicada em razão do fato criminoso e sim como uma consequência da postura do acusado no transcorrer do seu julgamento, em um contexto no qual suas decisões relacionadas ao exercício da defesa passam a possuir um peso demasiado.⁴⁶

A segunda crítica de caráter material refere-se problema ético que há quando o Estado celebra um acordo com um suposto criminoso, adotando-se uma postura de incentivo à atitude de trair outrem, que é considerada imoral pelo senso comum. Além disso, não se pode olvidar que o Estado, ao utilizar recursos que não atingem as normas do mínimo ético para a imposição do direito e a aplicação de uma pena, demonstra que pode valer a pena violar qualquer norma fundamental cuja vigência o direito penal busca assegurar, o que ocasiona a perda da legitimidade na ação estatal.⁴⁷

Sob o prisma moral, cabe ressaltar, ainda, a existência de uma crítica de cunho ético-filosófico, que consiste em expor a relação existente entre a delação premiada e uma lógica utilitarista, destacando o fato de que a utilização dessa lógica é incompatível com os direitos e garantias. Essa incompatibilidade origina-se do fato de que, por ter como principal

⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 38.

⁴⁷ COUTINHO, Jacinto N. M., CARVALHO, Edward Rocha de. *Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado*. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 83.

consequência a fragilização de certas garantias – como será demonstrado no âmbito das críticas de caráter processual – efetuada em nome de uma maior eficiência investigativa, a delação premiada contempla uma racionalidade utilitária, abrindo mão da racionalidade embasada na efetivação de princípios constitucionais.

As duas modalidades de racionalidade mencionadas anteriormente são, em princípio, incompatíveis,⁴⁸ pois, enquanto a visão guiada por princípios constitucionais está relacionada ao valor intrínseco de cada ser humano que legitima a titularidade de seus direitos, a ótica utilitária admite a relativização dos direitos de uma pessoa – ou de um grupo de pessoas – com o objetivo de atingir uma melhora que, pelo menos em tese, representa a vontade da maioria, podendo expandir a felicidade em uma sociedade. É dessa incompatibilidade que surge o conflito mencionado.

Além disso, deve-se destacar que são efetuadas diversas críticas de cunho processual, sendo possível salientar quatro.⁴⁹ A primeira ressalta o caráter inerentemente coercitivo da justiça criminal negocial, que impõe que o acusado colabore com a acusação, abandonando sua posição de defesa. Nesse contexto, a voluntariedade do acusado ao aceitar o acordo é falaciosa, pois a aplicação desse instituto se dá por ameaças e coerções, inviabilizando o contraditório.

Ainda com relação a primeira crítica processual, não se pode deixar de mencionar a questão da possibilidade – ou não – de celebração do acordo com réu preso preventivamente. A justiça negocial inerentemente é acompanhada por uma parcela de coerção, mas, quando o indivíduo se encontra em situação de restrição de liberdade, tal característica é exponencialmente elevada, o que impediria a efetuação do acordo. Esse não é, entretanto, o entendimento adotado pelo STF no julgamento do HC 127.483,⁵⁰ conforme demonstrado a seguir:

A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física.

Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração.

Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia.

⁴⁸ WEDY, Miguel Tedesco. *A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios*. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, set./dez. 2016, p. 214.

⁴⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 39.

⁵⁰ STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015. p. 21.

O posicionamento do STF de permitir a celebração de acordo de delação premiada em situação de prisão reforça as críticas anteriormente formuladas.

A segunda crítica processual destacada pelo autor, por sua vez, indica que a delação premiada, assim como outras formas de abreviação do rito do processo penal, acarreta uma ocultação do grave problema da descontrolada expansão do direito penal, que é uma problemática que permeia a sociedade contemporânea. Com a aplicação de institutos como a colaboração premiada, que são tendentes a serem usados de forma generalizada, celebrando-se acordos em massa entre acusação e defesa, é criada a ilusão de que a imposição rápida e eficiente de penas resolverá os problemas sociais relacionados à ampla prática de delitos.

Além disso, não se pode olvidar que o direito de defesa do imputado que efetua a colaboração torna-se, na prática, inútil, e é nisso que consiste a terceira crítica. O acusado, em busca de benefícios penais, posiciona-se em favor de sua própria acusação, o que impede não apenas a sua defesa pessoal, mas também inibe o exercício da defesa técnica. A referida inibição ocorre devido ao fato de que os interesses do réu se chocam com a postura que um advogado de defesa geralmente adota em um processo criminal. Há, portanto, uma subversão da relação entre o réu e seu advogado, sendo este último tratado como um “espantalho na plantação de milho”, pois, ao observá-lo de longe, parece que existe defesa, mas, ao se aproximar, é possível ver que não há nada além de um boneco.⁵¹

A quarta e última crítica consiste no fato de que a lógica negocial do processo penal, em geral, e a delação premiada, em particular, aniquilam o princípio da presunção de inocência. Esta é a principal consequência negativa da justiça negocial, pois a presunção de inocência impõe-se como um dever de tratamento que deve reger o processo penal, tendo consequências externas e internas a ele. Na dimensão externa, deve haver uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, enquanto na dimensão interna o princípio da presunção de inocência determina que toda a carga probatória seja atribuída à acusação, pois o réu, presumido inocente, nada deve provar.⁵²

É esta última dimensão que é afetada diretamente pela delação premiada, visto que há, a partir do acordo, uma grave inversão do ônus probatório, impondo-se ao réu que produza prova contra si mesmo e contra outrem.

⁵¹ TASSE, Adel El. *Delação Premiada: Novo Passo Para um Procedimento Medieval*. Revista dos Tribunais Online: Ciências Penais, vol. 5, julho de 2006, p. 274.

⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 142-143.

Diante de tais falhas, é possível concluir que a barganha distorce premissas básicas do processo penal, sendo importante destacar que tal distorção causada pela justiça negocial e, em particular, pela delação premiada, não se trata de um problema eventual ocasionado por práticas equivocadas de agentes específicos da justiça criminal, mas sim de um problema perene e inevitável, que não pode ser dissociado da lógica inerente ao modelo negocial.⁵³

Nesse contexto, é comum, em âmbito doutrinário, o posicionamento no sentido de que se deve evitar ao máximo a expansão de institutos de justiça penal negociada no processo penal. Conforme Vasconcellos (2017): “(...) esse instituto deve ser concebido como mecanismo excepcional, com critérios restritivos e limitações consolidadas, para afastar eventual amorfismo que permita abusos e brechas para arbitrariedades”.⁵⁴

⁵³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Op.Cit.*, pág. 45.

⁵⁴ *Ibidem*, pág. 37.

2. A TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICAÇÃO À DELAÇÃO PREMIADA

2.1 Noções gerais sobre a teoria dos jogos

A teoria dos jogos é uma teoria que faz parte da matemática aplicada e foi criada pelo matemático húngaro John von Neumann em meados do século XX. Pode-se dizer que ela é um conjunto de ferramentas que tem como objetivo descrever e prever comportamentos estratégicos em situações nas quais os sujeitos tomadores de decisão atuam racionalmente, maximizando a utilidade de suas atitudes⁵⁵. Há alguns conceitos que devem ser esclarecidos para que seja possível entender melhor a teoria dos jogos.

O primeiro é o próprio conceito de “jogo”. Segundo von Neumann, um jogo é uma situação de conflito na qual um indivíduo deve fazer uma escolha sabendo que outros também estão realizando escolhas e que o resultado dependerá da conjugação de todas as opções efetuadas.⁵⁶ Não se pode, entretanto, pensar que a teoria dos jogos é, em sua origem, um ramo da psicologia. Na referida teoria, os jogadores são considerados como indivíduos maximizadores de benefícios perfeitamente racionais, o que demonstra que a teoria dos jogos se trata de um rigoroso ramo da lógica matemática que tem, como uma de suas principais funções, determinar, por meio de teoremas, a forma segundo a qual os conflitos entre seres humanos funcionam.

O referido matemático estabeleceu que sempre há uma maneira “ótima” – ou, em outras palavras, uma forma mais racional – de agir em um jogo no qual há dois jogadores cujos interesses são completamente opostos, não podendo haver nenhum tipo de cooperação entre eles, ou seja, onde o ganho de um é equivalente a perda de outro, ocorrendo uma situação de soma zero. Este curso de ação específico é o teorema de *minimax*, que consiste em outro conceito primordial da teoria dos jogos. Inicialmente, este teorema seria aplicado apenas a jogos em sentido estrito – tais como o xadrez e o jogo da velha –, entretanto, von Neumann acreditava que os teoremas da teoria dos jogos poderiam ser expandidos para qualquer forma de conflito humano entre dois indivíduos com interesses opostos.

Para entender o teorema “minimax”, é necessário recorrer a um exemplo,⁵⁷ no qual imagina-se que duas crianças vão dividir um bolo. Uma delas tem a tarefa de cortar o pedaço

⁵⁵ PICKER, Randal C., *An Introduction to Game Theory and the Law*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994, p. 2.

⁵⁶ POUNDSTONE, William. *Prisoner's Dilemma*. Anchor Books. 2011, p. 199.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 946.

(*cutter*) enquanto a outra deverá escolher qual dos dois pedaços deseja (*chooser*). A criança que cortará o pedaço poderá realizar essa ação de diversas maneiras, sendo possível apontar duas principais estratégias – cortar o bolo em pedaços claramente diferentes ou em pedaços com a maior semelhança possível (é importante ressaltar que, como não é possível fazer uma divisão perfeita, sempre existirá um pedaço maior que o outro). A criança que for escolher o pedaço poderá pegar o maior ou menor. Nesse contexto, pode-se constituir a seguinte tabela com as possíveis recompensas, no qual a primeira coluna demonstra as estratégias do *cutter* e a primeira linha, do *chooser*:

	Escolher pedaço maior	Escolher pedaço menor
Cortar o bolo o mais uniformemente possível	Um pouco menos que a metade do bolo; um pouco mais que a metade do bolo	Um pouco mais que a metade do bolo; um pouco menos que a metade do bolo
Cortar um pedaço maior que o outro	Pedaço pequeno; pedaço grande	Pedaço grande; pedaço pequeno

Já que o *cutter* não é aquele que escolhe o pedaço de bolo, é evidente que ele ficará com o menor, pois o *chooser* sempre preferirá escolher o maior para si. Por isso, a melhor estratégia é cortar pedaços similares. Em outras palavras, é evidente que haverá uma perda para a criança que corta o bolo, então, para reduzir essa perda, ela deverá dividi-lo em dois pedaços praticamente iguais, podendo, dessa forma, maximizar o mínimo que será deixado pela criança que escolherá o pedaço. Por isso, a célula superior esquerda é o que corresponde ao *minimax*. Chegar a este resultado não consiste meramente em uma solução justa para o impasse, mas sim em um equilíbrio atingido em razão de um verdadeiro balanceamento entre os interesses individuais dos jogadores.⁵⁸

Se o jogo fosse diferente e o *chooser* escolhesse o pedaço antes dele ser cortado, mas ainda considerando a tabela anterior, o *minimax* ainda seria a célula superior esquerda. Isso ocorreria porque o fato de o *chooser* anunciar que quer o pedaço maior não mudará a estratégia do *cutter*, a saber, a de cortar os pedaços mais idênticos possíveis. O *chooser* está ciente disso, o que faz com que ele atue de forma a proporcionar, para o *cutter*, o máximo (linha superior) do mínimo (coluna da esquerda), sendo, portanto, o *minimax*. Mas, além disso, a célula superior

⁵⁸ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 971.

esquerda também seria o *maxmin*, por se tratar da minimização do máximo que será recebido pelo *chooser*.⁵⁹

O ponto no qual há a coincidência entre o *minimax* e o *maxmin* é chamado de *saddle point*.⁶⁰ Não há um *saddle point* em todos os jogos existentes,⁶¹ mas, quando ele está presente, representa o resultado esperado quando os indivíduos atuam de maneira racional. É importante destacar que uma solução racional nem sempre significará a satisfação total dos jogadores. No caso da divisão do bolo, por exemplo, é evidente que qualquer um dos jogadores preferiria ficar com o pedaço significativamente maior,⁶² mas isso não é possível na situação dada.

Neste tipo de jogo, o que impede os indivíduos a agir de forma irracional, segundo Poundstone (2011), é a falta de confiança, que acarreta a inexistência de uma vontade de colaborar, e a cobiça de cada um dos jogadores, que procura ganhar o máximo que pode garantir sem a colaboração do outro:

“Half the cake minus a crumb is the most the cutter can guarantee for himself without any help from the chooser. It is also the smallest piece the chooser can leave for the cutter by his own efforts. To do any better, a player would need the assistance of his adversary. But the oponente has no reason to help – it’s less cake for him. The saddle-point solution of a zero-sum game is self-enforcing. It’s something like Chinese finger cuffs. The harder you struggle to do any better, the worse off you are.”⁶³

Percebe-se, portanto, que o indivíduo na teoria dos jogos tom como prioridade maximizar seus ganhos. Esta noção com relação ao indivíduo é de extrema importância para a teoria dos jogos, porque seus participantes são sujeitos racionais que tem como único interesse a busca por um melhor resultado individual.⁶⁴ A racionalidade perfeita, por óbvio, é uma ficção utilizada na teoria que faz com que seus sujeitos sejam mais parecidos com computadores do que com seres humanos. Assume-se que eles possuem entendimento perfeito das regras, uma memória perfeita dos movimentos passados, e que, em todo e qualquer ponto do jogo eles tem a ciência

⁵⁹ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 980.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 984.

⁶¹ É possível criar um jogo com as mais diversas regras. Portanto, pode ser formulado um jogo no qual não há igualdade entre o *minimax* e o *maxmin*. Neste tipo de jogo, a melhor forma de agir é com uma estratégia mista, ou seja, com a escolha aleatória da tática utilizada. Um exemplo é o de um jogo no qual cada participante deve colocar uma moeda em uma mesa. Se ambas as moedas estiverem com o mesmo lado – cara ou coroa – para cima, o primeiro deles ficará com ambas as moedas, mas, se os lados mostrados forem diferentes, o segundo jogador ganhará as duas moedas. Neste tipo de jogo, a sorte é um fator importante, pois não é possível prever de que forma o outro jogador atuará. (*Ibidem*, p. 1011).

⁶² *Ibidem*, p. 987.

⁶³ *Ibidem*, p. 992.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 812.

de todas as ramificações lógicas⁶⁵ geradas pelos movimentos feitos por eles e por seus oponentes.⁶⁶

A consequência prática de uma racionalidade perfeita em jogos como o xadrez é a existência necessária de um empate, pois, se os jogadores são capazes de prever todas as jogadas e os resultados, eles nunca cairiam em nenhuma armadilha, e seria impossível um deles perder, mas, por ambos estarem em um nível similar de racionalidade, também é impossível que o outro ganhe. Isso é especialmente aplicável aos jogos de informação completa.

Nesse âmbito, destaca-se que é possível, segundo Rosa (2018),⁶⁷ classificar os jogos segundo o acesso às informações e a dinamicidade. Com relação ao primeiro critério, é possível dividi-los em de informação incompleta e de informação completa, utilizando-se o segundo critério, pode-se classificar os jogos em dinâmicos e estáticos. Dessa forma, existem quatro modalidades.

A primeira delas é a de jogos estáticos e de informação completa, que são jogos nos quais não há uma divisão em diversas fases de interação entre os jogadores e em que todas as informações – tais como regras e possíveis resultados que podem ser atingidos no caso de um dos jogadores tomar determinada atitude – estão à sua disposição. Nesses casos, o resultado se dará pelo Equilíbrio de Nash. A segunda modalidade consiste nos jogos dinâmicos de informação completa que podem ser definidos como jogos compostos por uma sucessão de estágios – chamados de subjogos –, o que exige uma maior interação entre os participantes, bem como uma constante avaliação sobre os possíveis resultados. Da mesma forma que na modalidade anterior, todas as informações são disponibilizadas para os jogadores.

Há, ainda, os jogos estáticos de informação incompleta, que são jogos compostos por um único estágio e nos quais os jogadores não tem acesso a todas as informações, não sabendo, por exemplo, todas as regras ou os resultados que são buscados. A quarta e última modalidade é a dos jogos dinâmicos de informação incompleta são aqueles compostos por diversos estágios e

⁶⁵ Neste ponto, é interessante destacar o “diagrama da árvore”, que pode ser utilizado em jogos nos quais todas as regras são conhecidas pelos participantes para demonstrar todos os trajetos e resultados possíveis. Poundstone (2011) utiliza o jogo da velha como um exemplo de como criar um diagrama deste tipo, no qual cada galho da árvore representa uma possibilidade diante de todas as jogadas que podem ser realizadas por um indivíduo. É importante ressaltar que jogadores racionais idealizados pelos criadores da teoria dos jogos estão cientes de todos o diagrama, e é por isso que eles não poderiam, em tese, ser derrotados.

⁶⁶ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 816.

⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 76.

que não há a disponibilização de todas as informações para os jogadores. É nesta última modalidade que se encaixa a delação premiada, como será demonstrado nos tópicos seguintes.

Além disso, é importante destacar outras duas classificações relevantes. A primeira é com relação à equivalência de recompensas entre os jogadores, podendo os jogos serem ou não de soma-zero, havendo, respectivamente, equivalência ou não entre as perdas de um jogador e os ganhos de outro.

A segunda é quanto a quantidade de jogadores. Os jogos podem ter duas pessoas ou podem ser de três ou mais pessoas, sendo chamados de jogos com n pessoas. Jogos como estes últimos são muito mais complexos do que jogos de soma-zero, que envolvem apenas duas pessoas, tal como o exemplo anteriormente exposto da divisão do bolo. Isso ocorre porque é difícil prever quais coalisões serão criadas para que os jogadores defendam os seus interesses. Há diversas possibilidades – os jogadores mais fracos poderiam se unir para agir contra os mais fortes, ou cada um deles poderia tentar se aliar ao jogador mais forte para garantir a vitória.

Apesar da maior complexidade, Von Neumann acreditava que seria possível aplicar o teorema *minimax* a jogos com número n de pessoas, visto que a existência de coalisões reduziria, na prática, o número de participantes. Um jogo entre A, B e C, por exemplo, torna-se a partir da coalisão entre A e B, um jogo de A e B vs. C,⁶⁸ possibilitando, assim, a aplicação do teorema. Mesmo com esta ampliação do teorema *minimax*, a sua utilização prática em situações reais – tais como as situações econômicas, que motivaram a formulação da teoria – permanece difícil.

2.2 O Dilema do Prisioneiro

Ao contrário do que seu nome pode sugerir, o dilema do prisioneiro não foi, inicialmente, uma narrativa que envolvia uma situação de cárcere – trata-se, na verdade, de um tipo de jogo que apresenta duas principais características. A primeira é que a estratégia dominante não é aquela que apresenta, coletivamente, o melhor resultado, enquanto a segunda é o fato de o dilema do prisioneiro não ser um jogo de soma-zero – em outras palavras, não é um jogo no qual as possíveis perdas de um jogador são equivalentes aos possíveis ganhos de outro.

Os matemáticos Merrill Flood e Melvin Dresher foram os principais responsáveis por desenvolver o dilema, que é visto como um dos maiores problemas da teoria dos jogos. O dilema do prisioneiro expõe algumas inconsistências que a teoria dos jogos apresenta quando

⁶⁸ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 1145.

esta é analisada sob o prisma da irracionalidade humana, que está sempre presente nos jogos da vida prática.

Foram efetuados diversos experimentos com o objetivo de entender de que forma as decisões eram tomadas em jogos que envolviam dois indivíduos, analisando-se se os sujeitos estariam usando, mesmo que inconscientemente, a teoria desenvolvida por von Neumann, ou se estariam buscando o equilíbrio de Nash. É importante ressaltar que tais experimentos envolviam, essencialmente, situações nas quais os indivíduos deveriam decidir se atuavam no sentido de cooperar entre si ou de se traírem mutualmente quando colocados em um cenário no qual deveriam dividir determinado ganho.

A principal experiência realizada para entender o funcionamento do dilema do prisioneiro foi o chamado Experimento Flood-Dresher.⁶⁹ Segundo Poundstone (2011), o experimento constituiu em selecionar dois indivíduos (cujos nomes eram Armen Alchian – identificado como AA – e John D. Williams – identificado como JW) e estabelecer um jogo no qual eles poderiam ou não cooperar, sendo estipulados prêmios em moedas para cada estratégia escolhida, conforme a tabela abaixo:

	Estratégia 1 de JW [trair]	Estratégia 2 de JW [cooperar]
Estratégia 1 de AA [cooperar]	-1 centavo, 2 centavos	½ centavo, 1 centavo
Estratégia 2 de AA [trair]	nada, ½ centavo	1 centavo, -1 centavo

É importante ressaltar que as transações efetuadas com as moedas (que podem ser adquiridas ou perdidas pelos jogadores, a depender do *outcome* atingido) não são feitas entre os dois jogadores. Isso ocorre porque, como mencionado anteriormente, o dilema do prisioneiro não é um jogo de soma zero, e, por isso, os ganhos de um jogador não são custeados pelas perdas de outro. Devido a este fator, há um “banco” de moedas que deve ser utilizado para a efetuação das trocas.

Além disso, é importante destacar que cada jogador deveria escolher sua estratégia sem saber o que o outro faria. Nesta situação, fica evidente que ambos possuem uma estratégia dominante, que será melhor independentemente da atuação da outra parte. Para AA, a melhor estratégia é a de nº 2 (pois a possibilidade de não ganhar nenhum centavo ou de ganhar um centavo é melhor do que a chance de perder um centavo ou ganhar meio centavo, como ocorreria na estratégia nº 1), enquanto para JW, destaca-se a estratégia de nº 1 (ganhar dois

⁶⁹ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 1878.

centavos ou meio centavo é melhor que ganhar ou perder um centavo, como aconteceria na estratégia nº 2). Ou seja, para ambos, a traição é a ação que possibilita os melhores resultados individuais.

Dessa forma, o equilíbrio de Nash em um dilema do prisioneiro é chamado de “deserção” (“*defection*”), pois desertar é a melhor estratégia individual.⁷⁰ No caso do Experimento Flood-Dresher, a deserção corresponde à célula de baixo à esquerda, segundo a qual o jogador AA não ganharia (e nem perderia) nada e o jogador JW ganharia meio centavo. Há, entretanto, outra estratégia possível em um dilema do prisioneiro, chamada “cooperação” (“*cooperation*”). É uma estratégia que leva ao melhor resultado coletivo – no caso do Experimento em questão, corresponde à célula superior à direita, em que AA ganha meio centavo e JW ganha um centavo.

No Experimento Flood-Dresher, Alchian e Williams jogaram cem vezes consecutivas, e o resultado mais comum, ocorrido em sessenta dos *rounds*, foi a cooperação mútua. JW foi o jogador que mais optou pela a cooperação, escolhendo a estratégia nº 2 setenta e oito vezes, enquanto AA decidiu cooperar por meio da estratégia nº 1 em sessenta e oitos dos cem *rounds*. É possível perceber que JW entendeu que a cooperação mútua era a melhor maneira de maximizar os ganhos coletivos, e, por isso, procurou obtê-la durante os jogos sucessivos, recorrendo à deserção quando AA desertava no *round* anterior como uma forma de puni-lo, obrigando-o a cooperar. A maior resistência de AA à cooperação mútua pode ser justificada pelo fato de que seu ganho com esta situação corresponde à metade do ganho de JW.

É evidente, portanto, que não houve uma preferência intuitiva dos jogadores ao Equilíbrio de Nash, que ocorreu apenas quatorze vezes. Segundo o próprio John Nash, essa contradição teria ocorrido porque existiu uma grande interação entre os jogadores – o que é demonstrado nos próprios resultados da pesquisa, que apresentam comentários de cada um deles após a escolha de determinada estratégia –, que praticaram cem *rounds* de um mesmo jogo. Portanto, não há independência entre as interações, o que afeta profundamente os resultados.

A partir de tal experimento, é possível entender as contradições na teoria dos jogos que foram expostas pelo dilema do prisioneiro. Demonstrou-se, ainda, que seu surgimento, assim como mencionado anteriormente, não possui relação alguma com o cárcere: trata-se de uma questão muito mais ampla do que isso, sendo afirmado por muitos que o dilema do prisioneiro expõe não só o que há de errado com a teoria dos jogos, mas sim com toda a sociedade.⁷¹

⁷⁰ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 1899.

⁷¹ O dilema do prisioneiro é de difícil compreensão porque desafia o senso comum. É difícil aceitar que o resultado lógico é a traição mútua, assim como é difícil defender que o resultado seria a cooperação. Não há uma solução

Mas de onde teria surgindo essa conexão entre a prisão e o paradoxo descoberto por Flood e Dresher – que, vale ressaltar, não foi batizado por eles de “dilema do prisioneiro”?

A resposta para tal questionamento está em uma palestra ministrada por Albert Tucker no departamento de psicologia da Universidade de Stanford em 1950. Tucker era um matemático que estava familiarizado com o dilema criado por Flood e Dresher e que acreditava que ele poderia ter implicações externas à Teoria dos Jogos. Por isso, ele resolveu apresentá-lo a um grupo de estudantes de psicologia. Para que isso fosse feito, entretanto, ele precisou explicar o dilema como uma narrativa, visto que seu público não estava habituado com a Teoria dos Jogos.⁷²

Tucker criou, portanto, uma anedota intitulada “dilema do prisioneiro”, na qual é narrado um jogo semelhante àquele descoberto por Flood e Dresher. A história originalmente formulada em uma carta de Tucker para Dresher é a seguinte:

“Dois homens, acusados de terem se juntado para violar a lei, são detidos separadamente pela polícia. É dito a cada um que (1) se um confessar e o outro não, será dado um prêmio ao primeiro... e o segundo será preso... (2) se os dois confessarem, cada um será preso... Ao mesmo tempo, cada um tem boas razões para acreditar que (3) se nenhum confessar, os dois ficarão livres.”⁷³

Uma versão mais elaborada e moderna, apresentada por Poundstone (2011), seria: dois integrantes de uma gangue criminosa são detidos e presos. Cada prisioneiro está em confinamento solitário e não há nenhuma forma de entrarem em contato entre si. A polícia, por não possuir provas suficientes para condenar ambos com uma pena mais grave, será obrigada a acusa-los em um crime de pena mais branda, que ocasionará um ano de prisão. Um policial, porém, oferece a cada prisioneiro, isoladamente, a seguinte barganha: se um deles testemunhar contra seu parceiro, será liberto enquanto o parceiro será preso por três anos, com a acusação principal. Mas, se ambos optarem por testemunhar um contra o outro, os dois serão sentenciados a dois anos de prisão.

Os prisioneiros têm pouco tempo para pensar, e em nenhuma hipótese algum deles poderá saber o que o outro decidiu antes de efetuar a própria decisão, mas cada um deles sabe que a mesma oferta foi oferecida para o outro. A preocupação principal dos prisioneiros é o seu próprio bem-estar, representado pela diminuição da sentença.

para o conflito entre a racionalidade individual e coletiva, e, atualmente, a maioria dos estudiosos da teoria dos jogos concorda que não há como resolver o dilema do prisioneiro. Ele permanece como um resultado negativo, uma demonstração do que está errado com a teoria, e, de fato, com o mundo. (POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 2049.)

⁷² POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 1930.

⁷³ *Ibidem*, p. 1946.

Nesse âmbito, são possíveis as seguintes estratégias:

	B recusa o acordo [coopera com o parceiro]	B se torna testemunha de acusação [traí o parceiro]
A recusa o acordo [coopera com o parceiro]	1 ano, 1 ano	3 anos, 0 anos
A se torna testemunha de acusação [traí o parceiro]	0 anos, 3 anos	2 anos, 2 anos

Como cada prisioneiro tem como preocupação primordial a diminuição de sua própria pena, a melhor estratégia a ser seguida é a de aceitar o acordo, traindo o parceiro e tornando-se testemunha da acusação. É importante notar que os resultados se apresentam de uma forma escalonada, o que é um pré-requisito para que um jogo seja um dilema do prisioneiro:

“Para que um jogo seja um dilema do prisioneiro, é necessário apenas que as recompensas estejam ranqueadas de uma certa maneira. Em geral, um dilema do prisioneiro toma essa forma: há um resultado de prêmio [1 ano de prisão] pela cooperação mútua, que ambos desejam mais que o resultado de punição [2 anos de prisão] que ambos recebem por não cooperar. Mas ambos cobiçam o resultado tentador [liberdade imediata], a altamente desejável consequência de uma traição individual, mais desejável que o prêmio da cooperação. Ambos têm medo de ser aquele que não trai e fica preso com o pior resultado [3 anos de prisão].”⁷⁴

Dessa forma, tanto porque o jogador deseja o resultado mais benéfico da liberdade imediata quanto pelo fato de que o pior resultado só será possível caso o indivíduo decida cooperar com seu cúmplice e este último o traia, torna-se evidente que a estratégia dominante é a de trair o companheiro, tornando-se uma testemunha de acusação.

É digno de nota o fato de que, quando Tucker apresentou o dilema do prisioneiro como uma questão de escolha, propagando a narrativa sobre os dois criminosos pela comunidade científica, transformou-o em um dilema com aspectos morais utilizado como uma ferramenta para entender dilemas sociais.⁷⁵ Este uso é justificado em função de que o conflito exposto pelo dilema do prisioneiro pode ser interpretado como um exemplo da tensão existente entre o individual e o coletivo, pois demonstra o fato de que os indivíduos preferem agir egoisticamente para defender determinados interesses do que abrir mão de um resultado que poderia ser individualmente melhor para favorecer o coletivo.⁷⁶

⁷⁴ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 1964.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 1981.

⁷⁶ No caso da narrativa do dilema do prisioneiro inaugurada por Albert Tucker, não se pode olvidar que o fato de um dos jogadores escolher trair o outro não significa, necessariamente, uma escolha egoísta no sentido de denotar uma suposta “falha de caráter” daquele que cede, pois existem vários motivos, no cenário de possibilidade de cárcere, que podem levar alguém a concordar com um acordo e, embora esses motivos sejam, em geral, egoístas – pois se tratam da defesa de interesses individuais – eles podem ser moralmente compreensíveis, tais como a intenção de retornar ao convívio familiar ou de afastar a coerção dos agentes de acusação, por exemplo.

Embora a narrativa do dilema do prisioneiro não tenha sido criada para apresentar uma representação fidedigna da prisão, ela passou, no cenário de uso do referido dilema em situações sociais, a ser usada por diversos autores para entender situações de barganha. Um exemplo disso é o estudo efetuado por Bar-Gill e Bem-Shahar (2009), no qual os autores utilizam o dilema do prisioneiro para dizer que a *plea bargaining* só funciona porque não há uma coordenação coletiva entre os acusados.

Argumentam os autores que há dois posicionamentos principais com relação ao *plea bargaining*: o daqueles que são a favor, defendendo que a barganha é positiva pois consiste na criação de uma alternativa para o acusado, que poderá aceitar o acordo quando ele for mais favorável que a prisão, e o posicionamento contrário ao *plea bargaining*, que defende, principalmente, que a decisão do acusado pela transação ou pela prisão não é livre, havendo coerção por parte do sistema judiciário. Destacam os autores que ambos os posicionamentos são embasados pela premissa de que, se o acusado não aceitasse a oferta, ele seria necessariamente levado à julgamento.⁷⁷

Essa premissa deve, porém, ser desafiada. De acordo com Bar-Gill e Bem-Shahar (2009), para que a coerção funcione, é necessário que o promotor possa exercer uma ameaça verossímil de poder levar o acusado a julgamento. Entretanto, considerando uma perspectiva na qual é levada em conta a totalidade dos casos nos quais um promotor oferece a barganha, fica evidente que não é possível que a ameaça seja efetivada, pois há uma limitação nos recursos práticos. Logo, em outras palavras, se todos os acusados recusassem o acordo, não seria factível levar todos eles a julgamento e, conseqüentemente, condená-los. Cria-se, portanto, um paradoxo ao se reconhecer a limitação dos recursos: se os recursos do promotor permitem que ele leve apenas alguns dos acusados a julgamento, como as suas ameaças de julgar todos eles são capazes de induzi-los a barganhar?

Os autores afirmam que reconhecer este paradoxo traz consequências para os dois argumentos anteriormente mencionados – com relação ao argumento favorável, determina que aceitar a barganha não é uma opção adicional, mas sim uma opção que seria substituída pela inexistência total de julgamento, para o argumento contrário, cria um questionamento: por que tantos acusados se sentem coagidos por barganhas se a alternativa para a maioria deles é a de inexistência de persecução criminal?

⁷⁷ BAR-GILL, Oren e BEN-SHAHAR, Omri. *The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma*. Journal of Legal Analysis, vol.1, nº 2, 2009, p.738.

Para que seja possível entender esta situação, e, principalmente, o motivo pelo qual a barganha funciona, é importante lembrar o dilema do prisioneiro. Na narrativa criada por Tucker, um imprescindível fator para que a estratégia escolhida seja a traição é a abordagem individual de cada prisioneiro. O dilema só funciona porque os acusados não são capazes de se comunicar entre si para combinar uma atuação que seja positiva para o coletivo, que é a colaboração. Por isso, defendem os autores que o problema reside no fato de que os acusados não barganham coletivamente, mas sim individualmente. O promotor, por ser aquele que tem o poder de decidir quais dos acusados realmente serão julgados caso recusem o acordo, pode aproveitar-se da ausência de coordenação entre os acusados, fazendo todos eles acreditarem que serão levados ao tribunal. O perigo, porém, não será igual para todos, pois o promotor agirá de acordo com suas prioridades, escolhendo para julgar, nos casos de recusa, apenas alguns dos acusados.

Bar-Gill e Bem-Shahar destacam que a falta de coordenação ocorre, principalmente, por três motivos: o fato de que os acusados, na maioria das vezes, não se conhecem, a criação de obstáculos para a comunicação entre as partes, mesmo quando se conhecem, a impossibilidade de criar, entre os acusados, um contrato que obrigue-os a cooperar entre si.⁷⁸ A partir destas considerações, os autores concluíram que a análise do *plea bargaining* como dilema do prisioneiro não traz um argumento contrário à barganha, mas sim favorável, visto que a barganha possibilita que a totalidade dos acusados seja julgada por meio de uma armadilha que contorna a limitação de recursos que impede o julgamento em tribunal de todos os acusados. Os autores, apesar de admitirem que há uma armadilha e que a atuação do promotor se dá por meio de uma “ameaça” afirmam que não é possível, pela análise efetuada, afirmar que o *plea bargaining* é necessariamente ruim para os acusados.⁷⁹

É importante ressaltar, porém, que tal conclusão não se sustenta diante da situação de encarceramento em massa que se apresenta tanto nos Estados Unidos, onde predomina o *plea bargaining*, quanto no Brasil. Em um cenário de encarceramento em massa, ocorre uma extensa proliferação de prisões que detém, em sua maioria, indivíduos pertencentes a minorias raciais. Há, ainda, a ascensão de um complexo industrial prisional que lucra com o aumento da prisão e, ao mesmo tempo, permite que a estrutura econômica que contribuiu para o aumento do encarceramento continue a existir.

⁷⁸ BAR-GILL, Oren e BEN-SHAHAR, Omri. *Op.Cit.*, p.739.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 739.

Nesse contexto, permitir que o número de encarceramentos aumente devido a sua facilitação por uma abreviação substancial do processo penal que só funciona por consistir em uma armadilha que utiliza a falta de coordenação dos acusados contra eles é algo que não pode ser admitido. Portanto, é evidente que a conclusão sobre o *plea bargaining* atingida a partir da análise sob a ótica da teoria dos jogos apresenta um argumento contrário àquele instituto.

Com relação à utilização do dilema do prisioneiro na delação premiada, deve-se destacar o entendimento de Rosa (2018), segundo o qual, apesar de a situação relatada no dilema do prisioneiro ser caricata, é possível fazer um paralelo entre ela e processos que envolvem organizações criminosas:

“Em operações de grandes proporções, você pode se perguntar se o Dilema do Prisioneiro é aplicável. Ademais, diante do acesso ao defensor e da possibilidade de comunicação anterior com o investigado/delator, a versão originária do dilema do prisioneiro pode parecer ingênua. Entretanto, em processos envolvendo organizações criminosas e delação/cooperação premiada, com diversos potenciais investigados/acusados e muita informação a ser descoberta, bem assim o uso das prisões cautelares e da mídia com vazamentos táticos de prova, sua matriz pode auxiliar.”⁸⁰

Além disso, destaca o autor que o dilema do prisioneiro é útil para demonstrar que o resultado coletivo não é necessariamente decorrente de escolhas individuais utilitaristas, sim de contingências e interações decorrentes do jogo negocial associadas à inclinação ou aversão ao risco por parte dos jogadores.⁸¹ Tais considerações demonstram um ambiente de maior instabilidade, que pode ser ressaltado por fatores como a confiança. Essas escolhas dependem de jogos anteriores e da relação estabelecida entre os indivíduos.

2.3 A aplicação da teoria dos jogos na delação premiada

Após a breve exposição das noções principais da teoria dos jogos, bem como dos fundamentos do dilema do prisioneiro e sua possível relação com o direito, é necessário explanar de que forma a referida teoria poderá ser aplicada à delação premiada. Para que tal tarefa seja efetuada, utilizar-se-á, principalmente, a obra de Rosa (2018).

Inicialmente, é importante destacar que o autor possui um posicionamento favorável à delação premiada, embora aponte que há uma deficiência em seu regramento no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente ao se considerar que a colaboração premiada é um instituto que foi importado de uma matriz teórica diversa⁸² daquela que é tradicionalmente usada no

⁸⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 82.

⁸¹ *Ibidem*, p. 81.

⁸² No caso dos Estados Unidos, a matriz teórica utilizada é a do *common law*, na qual há uma formação diferenciada da verdade, que não é vista como estática e está inserida em um ambiente pragmático e de utilidade. Esta noção

Brasil (podendo até mesmo ser considerada incompatível), sendo importante, por isso, “tropicalizar”⁸³ a sua aplicação.

Superada esta questão, deve-se destacar que a aceitação da delação premiada no direito brasileiro aumentou consideravelmente os espaços de barganha no processo penal. Nesse âmbito, destaca-se a teoria dos jogos como “(...) um instrumento da Microeconomia, cujo objetivo é descrever as relações de causa e efeito entre os agentes e possibilitar previsões de como os indivíduos tendem a comportar-se estrategicamente”⁸⁴ em situações de negociação e barganha.

Devido a esta função que lhe é atribuída, a teoria dos jogos poderia ser usada como um instrumento formal para a compreensão do procedimento de colaboração premiada partindo-se do pressuposto de que a performance de um dos jogadores não é o único fator que determina o resultado. Este último é decorrente da interação humana, das táticas e estratégias dominantes/dominadas utilizadas no limite temporal do procedimento, mediante a capacidade de convencimento cooperativo.⁸⁵ Além disso, o autor destaca que há elementos na teoria que permitem uma análise que indicará quais fatores devem ser considerados em uma negociação para que determinado objetivo seja atingido:

“Os elementos de compreensão que a teoria fornece permitem esse aprofundamento, a teoria dos jogos é um modelo de análise e de ação que pode ser utilizado no âmbito das negociações, porque há situação em que diversos agentes têm de guiar suas ações com base nas ações/previsões de ação uns dos outros. Diz-se que é um modelo de análise porque a partir de sua estrutura será possível identificar os fatores de atenção necessários numa negociação para se atingir determinado objetivo. E, ainda, um modelo de ação porque a identificação desses fatores proporciona uma atuação organizada e amplitude de visão”.⁸⁶

É importante ressaltar que, segundo Rosa (2018), a delação premiada não é um jogo de soma-zero,⁸⁷ visto que o fato de liberdades individuais e efeitos penais estarem envolvidos nesse contexto faz com que o ganho do jogador-acusador não seja equivalente à perda do

tem como uma de suas consequências a ideia de que o sujeito deve participar da eleição das melhores decisões no âmbito processual, além disso, ela possibilita uma análise econômica do direito, que pode ser efetuada via teoria dos jogos: “O êxito da Justiça Negociada (*plea bargaining*, delação/colaboração premiada) no direito dos EUA pressupõe entender o plano de fundo pragmático (filosófico, de verdades consensuais) e do mercado judicial, diante dos custos de manutenção de um sistema penal caro e com alta exigência de controle probatório, consoante já foi estabelecido na aproximação ao *common law* e a lógica da Análise Econômica do Crime (...) A teoria dos jogos é invocada, constantemente, pelos autores da Análise Econômica do Direito, como dispositivo para compreensão e decisão em face das constantes interações, e na tomada de decisão em face das constantes interações, e na tomada de decisões em face da alocação de recursos em ambiente de escassez”. (ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 117-118).

⁸³ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 47.

jogador-defensor e vice-versa. Além disso, o autor considera a colaboração premiada um jogo dinâmico de informação incompleta, conforme a classificação anteriormente apresentada.

Cabe destacar que, ao contrário do que o significante “jogo” possa representar para alguns indivíduos, aplicar a teoria dos jogos ao direito não significa abonar situações de manipulação ou de falta de ética. Um jogo não é um cenário na qual os participantes podem atuar da forma que preferirem, há regras que precisam ser respeitadas. Por isso, situações de manipulação e outras formas de trapaça que violem as regras do processo penal brasileiro – e, portanto, que se afastem do jogo limpo ou *fair play* – devem ser afastadas.⁸⁸

É importante, neste âmbito, lembrar que a nomenclatura “teoria dos jogos” possui caráter metafórico. Como demonstrado em tópicos anteriores, a teoria dos jogos não é sobre “jogar”, no sentido lúdico do termo, mas sim sobre conflito entre seres racionais que, geralmente, nutrem uma desconfiança mútua.⁸⁹ Os jogos, muitas vezes simples ou infantis, são apenas utilizados para ilustrar a forma que o conflito é esquematizado no âmbito da teoria dos jogos⁹⁰ de maneira que o suas ideias centrais sejam compreendidas mesmo por aqueles que não possuem conhecimento expressivo de matemática aplicada.⁹¹

2.3.1 A impureza teórica da aplicação da teoria dos jogos à delação premiada

Embora os conceitos e classificações da teoria dos jogos sejam utilizados, deve-se ressaltar que eles são adaptados para que ganhem um novo sentido no direito e, em especial, no processo penal. É por tal motivo que Rosa (2018) afirma que a pureza metodológica não pode ser esperada na aplicação da teoria, prevalecendo a heterodoxia:

“Embora a teoria dos jogos, no campo da matemática, seja invocada, para os fins desse escrito, de alguma forma, ela foi profanada, a saber, seus conceitos ganham novos sentidos no campo do Direito e especialmente no processo penal. Daí que a pureza metodológica não pode ser esperada. Há uma heterodoxia inerente à pesquisa em paralaxe, a saber, que inevitavelmente modifica a perspectiva sobre o mesmo objeto, no caso, a delação premiada, via teoria dos jogos e da guerra, tendo por fundamento a inevitável interação humana”.⁹²

Isso ocorre porque o objetivo não é a aplicação direta do instrumental da teoria dos jogos à delação premiada. É necessário que a abordagem, por um lado, dialogue com as

⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 45.

⁸⁹ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 735.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 793.

⁹¹ Pois não se pode olvidar que a teoria dos jogos se trata de um estudo matemático rigoroso que pretende expressar uma forma racional de interpretar um conflito (*Ibidem*, p. 741).

⁹² ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 43.

especificidades do direito e, por outro, reconheça os limites da teoria dos jogos, que deverá ser usada como um mecanismo formal teórico:⁹³

“A teoria dos jogos não consegue dar conta da complexidade de um jogo negocial, mas serve de mecanismo formal teórico para que possamos modular as expectativas de comportamento e eleger uma tática mais prudente ou arriscada, dominante ou dominada, vinculada à estratégia. Daí apresentar a teoria dos jogos como modelo possível, ainda que não se acolha de maneira integral, como por espelhinho teórico, mas decorrente de um processo de adaptação e profanação. Adaptação porque precisamos entender as especificidades do campo da negociação penal e, de outro, profanação de uma teoria que é pensada especialmente no campo da economia/administração/matемática e nas relações entre indivíduos otimizadores (maximizadores de ganhos).”⁹⁴

Um notório exemplo da supramencionada profanação reside na noção de “indivíduo otimizador”. Como mencionado anteriormente, este é um dos pontos de partida na teoria dos jogos, na qual os jogadores são considerados como pessoas que atuam no sentido de maximizar seus benefícios, podendo obter as melhores recompensas a partir do menor custo possível. Ocorre, porém, uma profanação no sentido de que, embora os sujeitos envolvidos na delação premiada sejam considerados seres racionais para fins de análise mediante a teoria dos jogos, não se ignora o fato de que eles nem sempre são coerentes em suas decisões e atitudes.

Neste aspecto, Rosa (2018) destaca alguns conceitos da psicologia cognitiva que poderão ser utilizados juntamente com a teoria dos jogos, tais como a dissonância cognitiva,⁹⁵ que tem especial importância no caso da delação premiada – já que esta se trata de um jogo negocial no qual a atividade cognitivo-probatória está centrada na aquisição de novas informações que são articuladas por meio da argumentação.⁹⁶

Além disso, admite-se que o indivíduo pode ser enganado por meio de armadilhas cognitivas, devendo, neste âmbito, ser destacadas as heurísticas, que são “atalhos” de pensamento. Em outras palavras, são formas de facilitar o procedimento de tomada de decisões

⁹³ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 46-47.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 91-92.

⁹⁵ A dissonância cognitiva está relacionada ao fato de que os seres humanos, apesar de poderem ter posturas diferentes em face do novo, possuem em comum o traço da manutenção de uma harmonização cognitiva, visto que todos procuram manter a coerência entre comportamentos, opiniões, crenças e atitudes. Por isso, a cada nova informação dissonante, o conhecimento é atualizado, havendo um processo involuntário de manutenção ou de mudança de premissas anteriores, mantendo-se a coerência interna. As informações novas podem confirmar ou não nossas premissas, mas deve-se destacar que há uma tendência à manutenção delas, pois quando as premissas são questionadas, há desconforto e inquietude, o que gera mecanismos de defesa com o objetivo de manter a aparente coerência com o novo acrescentado: “A força do novo argumento/informação, quando dissonante à cognição pré-existente, faz com que haja maior pressão para se reduzir a dissonância introduzida, impondo ao sujeito que manipule (consciente ou inconscientemente) as razões para manutenção da crença, comportamento, opinião ou atitude. Em geral, o sujeito convence-se de que está certo, obliterando (invalida, distingue, excepciona, nega, evita, etc.) o que não convém”. (*Ibidem*, p. 53-56).

⁹⁶ *Ibidem*, p. 56.

de acordo com as limitações da mente humana. Esses atalhos, assim como os riscos inerentes a eles⁹⁷ – que podem gerar “vieses” ou erros sistemáticos –, não deixam de estar presentes no direito, em especial pelo fato de este campo do conhecimento ser tomado por situações de tomada de decisão.

Dessa forma, fica evidente que a racionalidade dos jogadores é mitigada quando a teoria dos jogos é aplicada à delação premiada, o que terá importantes consequências para a análise pretendida.

É importante destacar que Morais da Rosa aponta algumas heurísticas que são relevantes para o jogo negocial da delação premiada, sendo estas: heurística da disponibilidade, heurística da representatividade, heurística da referência ou da ancoragem, heurística do enquadramento, heurística da correlação ilusória, heurística do excesso de confiança, heurística dos custos afundados, viés retrospectivo, efeito halo e, por fim, mecanismo de satisfatoriedade. É importante abordar, resumidamente, de que forma cada uma delas atua.

A heurística da disponibilidade consiste na evocação de determinadas informações com maior facilidade e ocorre devido à limitação da memória humana. Ela pode influenciar o processo decisório, no caso negocial, pois pode significar a desconsideração de particularidades de determinado caso penal por meio da associação entre ele e uma decisão anterior de um caso similar. Há, aí, o risco de existirem informações distorcidas, “quer pela imprensa, pelos estereótipos, pelas experiências pessoais (inclusive inconscientes), que acontecem no momento da tomada de decisão”.⁹⁸

A heurística da representatividade, por sua vez, indica que a maneira pela qual algumas informações são ordenadas no momento de sua apresentação pode alterar na sua credibilidade. Em outras palavras, “a amostra de um conjunto nos parece mais crível quando representa um protótipo e, por isso, não levamos em conta a probabilidade e sim a representatividade”.⁹⁹ Se considerarmos, por exemplo, uma família na qual há oito filhos, dentre os quais quatro são mulheres e quatro, homens, a hipótese de nascerem filhos na ordem “mulher – homem – mulher – homem – mulher – homem – mulher – homem” parece mais crível que a hipótese de a ordem ser “mulher – mulher – mulher – mulher – homem – homem – homem – homem”, embora a probabilidade seja a mesma matematicamente. Esta heurística pode atuar na análise da prova, visto que tem grande relação com o poder de convencimento.

⁹⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 57.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 58.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 59.

Há, ainda, a heurística da referência ou da ancoragem (ajuste), segundo a qual “dependemos das nossas crenças estabelecidas e temos o viés da confirmação, a partir do qual tendemos a fazer correlações ilusórias”.¹⁰⁰ Se um acusado, por exemplo, tem a perspectiva de condenação futura, conseguir uma redução de pena em vez do perdão judicial em uma negociação já será satisfatório, pois produzirá um resultado melhor do que aquele previsto.

A heurística do enquadramento ou *framing effect* é o mecanismo pelo qual o contexto de uma situação afeta a forma como ela é recepcionada: “o modo como se pode apresentar as propostas, com a criação de alternativas ou visões diferenciadas sobre o mesmo objetivo, modifica a compreensão”.¹⁰¹

Por sua vez, a heurística da correlação ilusória ocorre quando são atribuídas características em face de parcelas de informação, por meio da correlação entre estas parcelas e o senso comum ou crença. Pode ter como consequência a atribuição de características boas ou ruins diante de informações específicas, sendo importante notar que a sua atuação está diretamente relacionada com a tentativa de sustentação da consonância cognitiva.¹⁰²

Outra heurística que possui implicações no processo penal é a do excesso de confiança, segundo a qual o indivíduo confia tanto no seu processo de tomada de decisão que desconsidera informações externas. Fica evidente o motivo pelo qual ela é recorrente no campo do processo penal, em específico no jogo negocial, visto que seus membros estão tão acostumados a tomar decisões que se tornam excessivamente confiantes. O problema é que o excesso de confiança, aliado a pressões externas e a ausência de tempo, pode fazer com que o tomador de decisão apenas repita o padrão de decisões anteriores sem enfrentar fatores que podem ser dissonantes.

É digna de nota a heurística dos custos afundados, que se configura quando o indivíduo se torna incapaz de desistir de determinada abordagem devido ao fato de já ter investido muito tempo e esforço nela.

Além disso, deve-se destacar o viés retrospectivo, que indica que explicar um acontecimento algum tempo após sua ocorrência é mais fácil cognitivamente porque a fonte originária de informações é acrescida na memória com novas informações que atualizam, constantemente, a memória do evento. O viés retrospectivo pode possuir importantes consequências no jogo negocial, visto que este tem como uma de suas principais características a troca de informações sobre fatos anteriormente ocorridos.

¹⁰⁰ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit*, p. 60.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 62.

¹⁰² *Ibidem*, p. 63.

O efeito halo, por seu turno, destaca a importância da primeira impressão de um indivíduo na interação humana,¹⁰³ e, por fim, o mecanismo da satisfatoriedade indica que “(...) ao invés de se apurar todas as opções e caminhos probatórios, isto é, de se ampliar o rol de informações, estabelece-se padrão mínimo de aceitabilidade, uma forma de *standard* do negociador”.¹⁰⁴

Todas essas heurísticas e vieses possuem implicações para a – falta de – racionalidade completa do indivíduo no que tange o âmbito da análise da delação premiada na teoria dos jogos. Tal aspecto é de notável importância, visto que o protagonista do jogo negocial é a ação humana, ou seja, a interação entre indivíduos, sendo imprescindível considerar as características de sua cognição e formas de atuação para obter sucesso.

É importante destacar, entretanto, que a noção de sujeito otimizador é mantida, no sentido de considerar que o principal objetivo dos jogadores é a maximização de seus ganhos.

2.3.2 Elementos do jogo negocial da delação premiada

2.3.2.1 Jogadores internos e externos

O sujeito é, provavelmente, o mais importante dos elementos, visto que ele é o responsável por modular as regras que serão aplicadas, por escolher as recompensas que almeja e por formular as estratégias necessárias para adquiri-las. Não é por outro motivo que Rosa (2018) afirma reiteradamente a necessidade de estudar o mapa mental de um indivíduo para que seja possível interagir com ele em um jogo negocial.

É importante ressaltar que, em situações negociais, há jogadores internos (magistrado, membros do MP, delegados, defensores públicos, advogados e acusado, e, possivelmente, a vítima) e externos (mídia, *lobby*, familiares, tribunal, grupos de pressão, dentre outros “jogadores ocultos”) no contexto do processo penal. O juiz, desembargador e ministro assumem o papel de julgadores.

O papel do advogado ou de defensor público junto ao vendedor da informação (delator) é imprescindível, tanto é que a negociação efetuada sem a presença do defensor poderá implicar na nulidade dos atos subsequentes.¹⁰⁵ Essa importância dá-se principalmente devido ao fato de que não há, via de regra, controle jurisdicional até a homologação.

Esse sistema no qual o julgador não participa da negociação, sob pena de maculação do procedimento, encontra sua inspiração no sistema adversarial norte-americano:

¹⁰³ ROSA, Alexandre Morais da. *Op. Cit.*, p. 66.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 149.

“Esse diálogo entre sistemas, todavia, não pode se dar de modo selvagem, em que a tradição inquisitória brasileira, na qual o juiz é protagonista da gestão da prova, com atuação proativa, já não compatível com o modelo constitucional, sofre a influência do modelo norte-americano. Devemos, então, ter o um mínimo de coerência e adotar a postura adversarial, especialmente no subjogo da colaboração premiada. O problema é que, como veremos, na cooperação premiada à brasileira, o juiz pode confundir seus papéis e funções, em um ‘mix’ de atividades inconciliáveis democraticamente, especialmente quando participa do jogo oculto de se alinhar ao acusador mediante o deferimento combinado das cautelares (prisão, condução coercitiva, sequestro, interceptações, etc)”¹⁰⁶

Segundo a legislação brasileira, o papel do juiz é o de garantir as regras operacionais do jogo processual em face da imparcialidade, ou seja, não pode haver comprometimento do juiz com determinado resultado.

2.3.2.2 Regras do jogo

A regulamentação da delação premiada por parte do estado é, apesar do elevado número de leis com dispositivos que a ela se referem, apenas parcial. Há um déficit normativo que acarreta impasses sobre o conteúdo e as limitações do instituto,¹⁰⁷ como demonstrado no capítulo anterior. Essa deficiência torna a compreensão do jogo mais complexa. Neste contexto, boa parte da construção normativa sobre a delação premiada no Brasil se deu casuisticamente, em “função e para o acomodamento da Operação Lava Jato”.¹⁰⁸

Esta construção a partir de casos concretos acarretou um distanciamento entre o texto normativo e o sentido atribuído pelos jogadores às normas em cada contexto negocial singularizado, principalmente no que tange às recompensas – ou seja, aos benefícios prometidos ao delator, que também é visto como o “vendedor da informação”. Por esse motivo, as normas efetivamente aplicadas nos casos específicos de delação premiada raramente serão total e completamente idênticas ao conjunto normativo disponibilizado pela Lei nº 12.850/13, juntamente com os fundamentos estabelecidos pela Constituição Federal, por tratados internacionais de direitos humanos e pelo Código de Processo Penal.¹⁰⁹

Esta diferença de regramento é fundamental quando se pensa na aplicação da teoria dos jogos à colaboração premiada, visto que aquela deve ser utilizada como uma ferramenta para entender o funcionamento real desta. E não se pode olvidar, ainda, que as regras que serão

¹⁰⁶ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 150.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 145.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 146.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 146.

escolhidas em determinado caso¹¹⁰ dependem, principalmente, de quais são os jogadores envolvidos, o que ressalta a importância de sua identificação.

Deve-se destacar, nesse âmbito, que há diversas interpretações possíveis para o direito e, por isso, existem muitas “versões” do processo penal e da Lei nº 12.850/2013. No campo do processo penal, considerar tais diferenças é imprescindível, pois uma interpretação diversa sobre determinados dispositivos processuais pode implicar, por exemplo, na determinação da legalidade ou não de uma prova que poderia ser fundamental para uma condenação.

Via de regra, o papel do juiz é de extrema importância para determinação de qual “versão” será aplicada. O problema, entretanto, é que o contato entre os jogadores (defesa, que busca vender a informação, e acusação, que busca compra-la) ocorre na primeira fase da delação premiada, a saber, a da negociação, na qual não há um controle simultâneo por parte do órgão jurisdicional. As partes deverão, portanto, estabelecer consensualmente o *standard* de validade/legitimidade”.¹¹¹

A instabilidade com relação à tal *standard* impede que sejam enumeradas, de forma específica, todas as regras que podem ser utilizadas.¹¹² É possível, entretanto, estabelecer algumas diretrizes, sendo importante levar em conta, segundo Rosa (2018), o fato de que se deve repensar o processo penal brasileiro, criando mecanismos para aceitar os novos institutos mas mantendo as críticas que indicam os limites, incongruências e inconsistências do modelo importado sem a respectiva adaptação.¹¹³

É importante que ocorra uma discussão com relação aos limites, para que se possa determinar o que pode ser negociado ou renunciado – em termos de benefício – e o que permanece irrenunciável. Rosa (2018) sugere que as normas constitutivas do jogo da delação (ou seja, aquelas que estabelecem regras de jurisdição, por exemplo) não possam ser renunciadas, visto que não configuram benefícios dos jogadores, enquanto as normas regulativas (que versam sobre processo, procedimentos, direitos subjetivos vinculados à assunção de culpa e obrigações probatórias) podem ser objeto de disposição dos jogadores com o objetivo de atingir o consenso.¹¹⁴

¹¹⁰ É importante ressaltar que esta escolha sempre será limitada, visto que o déficit de regulamentação não pode, em hipótese alguma, ser utilizado pelo jogador como um pretexto para que atue de maneira que seja caracterizado algum tipo de trapaça ou de violação.

¹¹¹ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 78.

¹¹² E é por isso – a impossibilidade de conhecer todas as regras – que a delação premiada é classificada como um jogo de informação incompleta.

¹¹³ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 101

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 100.

As regras estabelecidas podem, eventualmente, ser quebradas pelos sujeitos, geralmente movidos pela vontade de conquistar os prêmios desejados. A manipulação das regras por parte dos jogadores é repudiada, configurando em verdadeiro *doping* processual, que consiste em uma melhora artificial da performance pela manipulação tático-probatória¹¹⁵. A categoria divide-se em *autodoping*, quando envolve escolhas táticas dos jogadores em aspectos do procedimento processual, ou um *heterodoping*, quando inclui aspectos externos, tais como a corrupção. Segundo Rosa (2018):

“Grosso modo, *doping* é fraude, jogo sujo. No campo da Justiça Negocial entendido como jogo, pode-se invocar, quem sabe, a noção de *doping* processual para compreender a necessidade de o jogo acontecer com boa-fé, e frisa-se aqui a atuação do Estado, e, depois, superamos diversas noções sinuosas como, por exemplo, a teoria das nulidades e da prova ilícita/ilegítima”.¹¹⁶

Atuando em sentido contrário do *doping* processual, a manutenção da boa-fé é uma forma de garantir o *fair play*, ou seja, o respeito às regras estabelecidas por meio da adesão subjetiva dos jogadores a elas. A necessidade de garantir o *fair play*, por sua vez, possui íntima relação com o princípio do devido processo legal substancial, que deve ser levado à sério no contexto da delação premiada.

Ao perceber a incidência da boa-fé no contexto estudado, percebe-se que a discussão negocial na colaboração premiada não está alheia à incidência das regras gerais de direito que se aplicam em qualquer negócio jurídico. Por isso, é possível aplicar a ela os princípios que decorrem da boa-fé objetiva, podendo ser cobrado um determinado comportamento dos jogadores envolvidos. Os agentes estatais não podem praticar ilegalidades, omitir informações de caráter desfavorável, utilizar métodos não autorizados em lei, dentre outras condutas, mesmo quando acreditam que a motivação – geralmente, o “combate ao crime organizado” – é positiva, e a defesa também não poderá usar táticas inescrupulosas.¹¹⁷

2.3.2.3 Prêmios e recompensas desejados

Inicialmente, deve-se destacar que o conceito do que é a “vitória” na justiça negocial é variável,¹¹⁸ podendo o delator almejar desde uma mera redução de pena até a criação de imunidades para si e sua família, entre outros benefícios que, embora não estejam elencados em lei, são recorrentemente aceitos na prática forense. Por outro lado, o Ministério Público

¹¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit*, p. 163.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 159.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 163-164.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 169.

pode ter como objetivo garantir a condenação do delator ou apenas utilizá-lo para ter acesso a provas necessárias para deter outrem.

Apesar dessa enorme variedade, é certo que, segundo a perspectiva da teoria dos jogos, a ideia do sujeito sempre é agir de forma a maximizar a satisfação ou utilidade esperada para alcançar o resultado que almeja, de forma que, ao final do jogo, os benefícios superem os prejuízos.¹¹⁹ Por isso, sempre deverá ser utilizada a estratégia dominante, ou seja, a estratégia que acarrete os melhores resultados, independentemente da atuação dos outros jogadores.

Para que seja possível entender de que maneira cada jogador buscará os benefícios por ele almejados – em outras palavras, entender qual será a estratégia dominante para cada jogador –, será necessário, de acordo com Rosa (2018), avaliar tanto o seu comportamento, que poderá variar entre o egoísmo e o altruísmo, quanto a sua inclinação ou aversão ao risco, pois o que “torna uma aposta estratégica melhor do que outra vincula-se à atitude sobre a inclinação/aversão ao risco (...). Em face do risco os indivíduos podem ser: a) amantes do risco, b) adversos ao risco, c) indiferentes ao risco”.¹²⁰

A partir desses aspectos, deve-se estabelecer qual é o mapa mental de cada indivíduo, devendo-se destacar que as recompensas pretendidas, além de serem diferentes para cada um, podem se alterar no decorrer do jogo por efeitos da própria “partida”, que possui caráter extremamente dinâmico. Fatores aparentemente simples ou irrelevantes como o humor ou a quantidade de casos sob a responsabilidade de um agente podem ocasionar tais alterações. Por tal motivo, toda avaliação feita por um jogador com relação ao outro constitui em um juízo de probabilidade, não sendo uma antecipação autêntica do comportamento do adversário, que poderá ter postura diversa.¹²¹

Deve-se relembrar, ainda, que o indivíduo que efetua a análise poderá estar sujeito à heurísticas e vieses, especialmente devido ao fato de não ter acesso a todas as informações sobre os outros participantes. A decisão no procedimento de delação premiada é tomada em situações de economia de informação, ou seja, deve-se decidir sobre o aspecto geral com uma informação imperfeita com relação ao geral, mas que possibilita uma razoável certeza quanto aos prováveis efeitos da decisão tomada.¹²²

¹¹⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit*, p. 170.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 171.

¹²¹ *Ibidem*, p. 175.

¹²² *Ibidem*, p. 176.

Por fim, é importante destacar que a recompensa buscada pode não ser considerada racional, visto que sempre está sujeita às vicissitudes de cada jogo, podendo mudar no tempo e no espaço, mas defini-la sempre será importante para estabelecer, mesmo que em um patamar mínimo, as táticas e estratégias dominantes e dominadas.¹²³

2.3.2.4 Estratégias e táticas utilizadas

Uma estratégia é um plano específico, uma descrição completa de uma forma particular de participar de um jogo que independe do que o outro jogador faz e da duração do jogo.¹²⁴ Em outras palavras, é o caminho escolhido pelo jogador para alcançar seus objetivos. Podem ser dominantes ou dominadas e podem envolver blefes ou trunfos, a depender do contexto processual. Táticas, por sua vez, são as ações ou lances efetuados por cada jogador faz no decorrer da partida visando cumprir o curso de ação estratégico.

Em suma, “enquanto a estratégia é a descrição de todas as ações táticas nos subjogos, a tática é a realização do curso de ação em cada jogo”.¹²⁵

No momento da formulação de uma estratégia, há uma antecipação do movimento dos outros agentes, feita com base na avaliação do cenário e as previsões que faz sobre os movimentos de outros jogadores e do julgador.¹²⁶ Quanto maior o número e a qualidade das informações, melhor será a antecipação dos caminhos possíveis. Será obtido um equilíbrio quando, a partir de tais antecipações, se verificar qual é a melhor estratégia do jogador diante das ações do oponente. Essa situação é chamada de equilíbrio de Nash, e, no contexto de geral da teoria dos jogos, espera-se que todos os jogadores atuem no sentido de atingi-la.

Entretanto, como o jogo negocial no âmbito da delação premiada é extremamente dinâmico e envolve diversos indivíduos com interesses distintos, não é incomum que existam diversos equilíbrios de Nash, sendo imprescindível, como já se destacou em outros aspectos do jogo negocial, o domínio “do contexto, da qualidade, da quantidade e da credibilidade das informações (prova) possível.”¹²⁷ Novamente, as recompensas esperadas por cada jogador detêm um importante papel quando se trata do estabelecimento do equilíbrio que poderá ser atingido.

¹²³ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 178.

¹²⁴ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, 880.

¹²⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 179.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 180.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 181-182.

Além disso, é importante ressaltar que, no caso do processo penal, “No caso do processo penal, os injustos penais são estipulados pelo Estado, articulando-se normas processuais para a verificação dos tipos penais. Daí que a dogmática processual penal precisa ser estudada em suas variadas facetas, único meio de se eleger a ação dominante/dominada” (186)

No jogo negocial, o jogador adversário poderá ter informações importantes sobre as táticas e estratégias, por isso, é importante aplicar alguns recursos ou formas de comunicação, a saber, blefes, trunfos, truques e ameaças, dentro dos limites do *fair play*.

O blefe é um mecanismo de barganha que consiste em um comportamento de aparente excesso de confiança diante do valor da aposta.¹²⁸ É um curso de conduta desprovido de base real de sustentação. É importante notar que a acusação possui uma vantagem quando se trata da utilização estratégica do blefe, visto que o réu delator não pode blefar com relação ao conteúdo de sua colaboração, sob pena de desfazimento dos termos do acordo. Além disso, não é possível ignorar que jogadores externos – tais como a mídia e a opinião pública – e táticas processuais – como a condução coercitiva e a prisão temporária – podem ser utilizadas para efetivar blefes¹²⁹ que estão vinculados à determinada estratégia.

Os truques, por sua vez, são ações que contornam um impasse de maneira eficiente, podendo influenciar um jogador de determinada forma.¹³⁰ É importante ressaltar que eles não se confundem com simplificações abusivas.

Já o trunfo consiste em um “argumento matador”,¹³¹ que pode se materializar em uma ação ou informação capaz de se sobrepor a narrativa até então dominante. Um trunfo não é, necessariamente, um elemento probatório surpresa de caráter ilícito, mas sim de um argumento, documento ou informação apresentado no momento certo, ou seja, no momento no qual será capaz de ocasionar um maior impacto em termos probatórios.

O Estado, no caso dos trunfos, fica em desvantagem, pois o acusador não deveria esconder informações da defesa.

O último recurso é a ameaça, que não se confunde com uma pressão ou coação sobre os jogadores ou testemunhas. Consiste em um mecanismo de convencimento que utiliza um ultimato, determinando que aquele será a última oportunidade de efetuar um acordo. Pode constituir, em um caso concreto, em um blefe, visto que pode ou não existir base fática para o

¹²⁸ ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 189.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 190.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 191.

¹³¹ *Ibidem*, p. 191-192.

ultimato efetuado.¹³² Mas é importante que, mesmo sem base fática, a ameaça seja factível, visto que o que pode alterar os rumos do jogo não é a realização da ameaça, mas sim o fato de o destinatário acreditar ou não nela.

Além destes recursos, é importante destacar, por fim, a regra do *tit-for-tat*, ou “olho por olho, dente por dente”, que consiste na ideia de que um negociador só coopera enquanto o outro cooperar. É uma modalidade de estratégia em gatilho,¹³³ ou seja, uma estratégia que ocasiona diretamente determinado comportamento no outro jogador. Embora possa existir, em casos concretos de delação premiada, situações nas quais os negociadores utilizem o *tit-for-tat*, elas devem não só ser evitadas, embora tal tarefa seja difícil:

“Assim, parece máxima comum a resposta olho por olho, dente por dente. Entretanto, sabemos que a espiral de violência leva à tragédia e, no caso da negociação penal, entre os jogadores que se odeiam, todos perdem, dada a cessação da comunicação e as perdas cooperativas. Abdicar, todavia, desse modelo do senso comum não é tarefa fácil. Especialmente porque há pressão macro (comunidade, grupo, etc) e micro (do sujeito, amigos e familiares, etc)”.¹³⁴

¹³² ROSA, Alexandre Morais da. *Op.Cit.*, p. 192.

¹³³ *Ibidem*, p. 194.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 195.

3. A DELAÇÃO PREMIADA NA OPERAÇÃO LAVA JATO SEGUNDO A TEORIA DOS JOGOS

3.1 A Operação Lava Jato

A operação Lava Jato é a “maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil”, de acordo com o portal do Ministério Público Federal.¹³⁵ Embora as investigações que a deflagraram tenham sido iniciadas em 2009, a operação só começou, efetivamente, em março de 2014, com a investigação de quatro organizações criminosas lideradas por doleiros que operavam no mercado paralelo de câmbio, ocorrida na cidade de Curitiba, perante a Justiça Federal. A partir destas investigações, descobriu-se um esquema de corrupção no qual, por pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizaram-se em cartel e pagaram propina à executivos da Petrobras – a maior estatal do país – e outros agentes políticos.

Os agentes políticos em questão começaram a ser investigados em 2015, em outra vertente da operação, com a apresentação ao STF de vinte e oito petições de abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a titulares de foro por prerrogativa de função, que são integrantes ou pessoas relacionadas a partidos políticos responsáveis por indicar e manter os diretores da Petrobras. Segundo a Procuradoria-Geral da República, os grupos políticos em questão “agiam em associação criminosa, de forma estável, com comunhão de esforços e unidade de desígnios para praticar diversos crimes, dentre os quais corrupção passiva e lavagem de dinheiro”.

Acordos de delação premiada – assim como as interceptações telefônicas – foram utilizados como uma importante ferramenta para o avanço da operação, possibilitando a expansão e a maior eficiência das investigações. Nesse âmbito, é importante mencionar os acordos celebrados com os acusados Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef, que foram homologados pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, também houve importantes acordos celebrados em sede de primeira instância, homologados pela 13ª Vara Federal, em Curitiba.

Atualmente, quatro anos após o seu início, a operação possui desdobramentos em outras cidades, em especial no Rio de Janeiro – onde as investigações foram iniciadas após o descobrimento de irregularidades no contrato de construção da usina nuclear de Angra 3 – e no Distrito Federal. No estado do Paraná, encontra-se em sua 55ª fase, e contava, até o dia 15 de

¹³⁵ O portal pode ser acessado a partir do link [<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>], visitado em 15/11/2018. Todas as informações referentes à Operação Lava Jato contidas neste tópico foram retiradas do referido portal.

outubro de 2018,¹³⁶ com 2.476 procedimentos instaurados. Foram expedidos 1.701 mandados, sendo 1.072 de busca e apreensão, 227 de condução coercitiva, 120 de prisão preventiva, 138 de prisão temporária e 6 de prisão em flagrante. Há 176 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas, 11 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta. São 82 acusações criminais contra 347 réus,¹³⁷ e já ocorreram 215 condenação contra 140 pessoas.

No Rio de Janeiro¹³⁸ houve, até o dia 9 de outubro de 2018, 35 acordos de colaboração premiada homologados, e o valor compensatório pago a título de multa nos aludidos acordos é de R\$ 575 milhões. Existem, ainda, dois acordos de leniência. Há 46 denúncias contra 296 indivíduos,¹³⁹ 229 prisões, sendo 190 preventivas e 39 temporárias. Ocorreram 40 conduções coercitivas e 466 mandados de busca e apreensão, além de 9 sentenças, com a condenação de 40 indivíduos.

Por fim, é importante destacar que há uma parte da operação que tramita no Superior Tribunal Federal,¹⁴⁰ existindo, até 30 de abril de 2018, 193 inquéritos instaurados, 38 denúncias contra 100 acusados em 7 ações penais. Foram submetidos ao STF 121 acordos de delação premiada.¹⁴¹

Torna-se evidente, portanto, que a operação Lava Jato tomou proporções gigantescas, tendo consequências para diversas pessoas, e, por isso, é importante entender melhor o fenômeno. Para isso, será utilizada a matriz formal da toeira dos jogos.

3.2 A leitura de acordo com a teoria dos jogos

¹³⁶ Informações disponíveis em: [<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/parana/resultado>]. Acesso em 16/11/2018.

¹³⁷ Acusados pelos crimes de corrupção, crimes contra sistema financeiro internacional, tráfico transnacional de drogas, formação de organização criminosa, lavagem de ativos, entre outros.

¹³⁸ Informações disponíveis em: [<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/rio-de-janeiro/resultados>]. Acesso em 16/11/2018.

¹³⁹ Os crimes investigados são de fraude em licitações, corrupção ativa, corrupção passiva, lavagem de dinheiro, organização criminosa, formação de quadrilha, falsidade ideológica, evasão de dividas, crime contra a ordem econômica (cartel), crime contra o sistema financeiro, embaraço a investigação de organização criminosa, tráfico de influência, operação de instituição financeira não autorizada, peculato e constrangimento ilegal com emprego de arma de fogo.

¹⁴⁰ Informações disponíveis em: [<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stf-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>]. Acesso em 16/11/2018.

¹⁴¹ A proporção de acordos celebrados com relação ao número de acusados é significativamente maior do que ocorre em Curitiba e no Rio de Janeiro, o que pode acarretar o levantamento da hipótese de que os acordos de delação premiada, utilizados em nome de uma tentativa de recolher meios de obtenção de prova contra determinados indivíduos, reduzindo a “impunidade”, estão possibilitando que pessoas que supostamente possuem um grande envolvimento nas condutas investigadas tenham acesso a diversos benefícios que reduzem ou tornam inexistente a sua punição.

Inicialmente, deve-se ressaltar que a teoria dos jogos aplicada à delação premiada possui dois aspectos principais: um descritivo, que tem como função utilizar os mecanismos fornecidos pela teoria dos jogos aliados a conhecimentos de economia, administração, psicologia e sociologia¹⁴² para demonstrar como se opera a colaboração premiada no mundo prático, e um prescritivo, que possui como finalidade a indicação da forma que um indivíduo inserido em uma situação negocial pode atuar para atingir os melhores resultados, mitigando as incertezas do contexto contratual.¹⁴³

Nesse âmbito, destaca-se que a análise que será efetuada a seguir seguirá a primeira vertente mencionada, buscando-se utilizar os conceitos da teoria dos jogos, bem como as heurísticas e vieses que mitigam a racionalidade idealizada pela teoria dos jogos. Para a leitura, serão salientados os quatro elementos que compõe o jogo negocial, conforme especificado no capítulo anterior: jogadores, regras, recompensas e estratégias. Estes pontos serão abordados com a demonstração ou de práticas reiteradas perpetradas no âmbito da operação ou de exemplos de situações específicas nela ocorridas.

3.2.1 Jogadores internos e externos

3.2.1.1 Identificando os jogadores na Operação Lava Jato

Os principais jogadores internos da Operação Lava Jato são os réus juntamente com seus defensores, a acusação e órgão julgador. Como jogador externo, destaca-se a mídia.

Com relação aos réus, é importante destacar que muitos deles se tratam de pessoas com significativo poder econômico, sendo alguns deles, inclusive, pessoas que ocupam ou já ocuparam cargos públicos. O fato de muitos dos réus ocuparem uma posição de importância na sociedade e, supostamente, utilizarem dessa posição para acessar recursos públicos é um dos fatores que causa indignação na sociedade.

A acusação, por sua vez, é proeminentemente constituída pelo Ministério Público Federal, mas há, também, a atuação do Delegado de Polícia, que, conforme o art. 4º, §§2º e 6º, poderá propor a celebração do acordo e efetuar as negociações com o réu, além de poder representar nos autos do inquérito pela concessão de benefícios. Foi ajuizada ação direta de inconstitucionalidade – ADI 5.508¹⁴⁴ – contra estes dois dispositivos, por entender-se que eles

¹⁴² Não se pode olvidar que a tarefa de aplicar a teoria dos jogos é “multidisciplinar e submetida ao pressuposto da necessária interação humana sob coordenação de instituições”. (ROSA, Alexandre Moraes da. *Op. Cit.*, p. 279).

¹⁴³ *Ibidem*, p. 279.

¹⁴⁴ STF, ADI 5.508/DF, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018.

violam o art. 129, I, da Constituição Federal, que determina que o Ministério Público possui a titularidade da ação penal. Ela foi, entretanto, julgada improcedente, confirmando-se o poder do delegado de polícia para celebrar o acordo.

Há, ainda, a posição do órgão jurisdicional que, em tese, fica afastado dos acordos de delação premiada, tendo em vista o fato de que ele não pode atuar nas negociações. O momento de atuação do poder judiciário é, por excelência, o de homologar o acordo celebrado e garantir que, havendo o seu cumprimento, os benefícios serão concedidos.

Por fim, deve-se destacar um importante jogador externo, a saber, a mídia, que exerce um papel imprescindível para que seja instaurada uma lógica emergencial que faça com que as pessoas acreditem na maior importância da operação, como será demonstrado em tópicos posteriores.

3.2.2 Regras do jogo

3.2.2.1 Os critérios para a homologação

O instituto da delação premiada é regulamentado por lei, entretanto, como já destacado em tópicos anteriores, o regime legal da colaboração premiada é incompleto, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não abarca todas as questões que ensejam discussão entre aqueles que utilizam e aplicam a delação. Por isso, conforme explanado no tópico 2.3.2.2, será escolhido, em cada jogo de delação premiada, o conjunto de regras específico para ser aplicado, sendo impossível determinar, a partir de um ponto de vista externo às negociações sigilosas, quais são os *standards* de negociação aplicados.

Pode-se, entretanto, observar quais são os *standards* registrados em acordos de delação premiada que são homologados pelo STF, ou seja, é possível saber, por meio da atuação posterior à negociação do órgão julgador, quais são as regras que são consideradas aceitáveis no âmbito da Operação Lava Jato em termos de determinação de cláusulas contratuais. Além disso, é possível observar a linha argumentativa utilizada para determinar se um acordo de colaboração premiada poderá ou não ser considerado válido.

Dessa forma, serão expostas as semelhanças existentes entre as sentenças homologatórias dos acordos de colaboração premiada celebrados pelos acusados Paulo Roberto Costa¹⁴⁵ e Alberto Youssef,¹⁴⁶ prolatadas, respectivamente, em 29 de setembro de 2014 e 19 de dezembro

¹⁴⁵ STF, Pet. 5209/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29/09/2014.

¹⁴⁶ STF, Pet. 5244/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/12/2014.

de 2014. A escolha por estes dois casos se deu tanto pelo fato de que os acordos celebrados por esses acusados foram considerados como fundamentais para a expansão da Operação Lava Jato, o que é reconhecido pela própria acusação¹⁴⁷ quanto pela existência de análises anteriormente feitas em âmbito doutrinário com relação a estes casos.

Há um caminho específico percorrido na argumentação,¹⁴⁸ a saber, afirma-se, em primeiro lugar, a constitucionalidade da colaboração premiada,¹⁴⁹ que já era reconhecida pelo STF antes mesmo da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, visto que o instituto teria sido inserido no país com a internalização das Convenções de Palermo (decreto nº 5.015/2004) e Mérida (decreto nº 5.687/2006), que o preveem nos arts. 26 e 37, respectivamente.

Ato contínuo, é ressaltada a existência ou não de vontade voluntária do delator em celebrar acordo. Nota-se que não há um grande detalhamento neste ponto, dizendo-se apenas que o delator afirmou sua voluntariedade em sede de audiência, com a presença e anuência de seu advogado,¹⁵⁰ o que estaria em conformidade com os §§7º e 15 do art. 4º da Lei nº 12.850/2013.

Percebe-se que é exigido o respeito ao procedimento estabelecido na Lei de Organizações Criminosas,¹⁵¹ optando-se por uma interpretação meramente literal de seus dispositivos, o que implica em uma atuação limitada do juízo homologatório, já que não é todo o procedimento que é regulamentado.

Com relação ao conteúdo das cláusulas contratuais, foi dito que “é certo que não cabe ao Judiciário outro juízo que não o da sua compatibilidade com o sistema normativo”,¹⁵² pois os

¹⁴⁷ É o próprio MPF que dá esta importância às duas delações, conforme o portal anteriormente mencionado.

¹⁴⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. *Op.Cit.*, p. 248-255.

¹⁴⁹ “A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta corte (...) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.” (STF, Pet. 5244/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/12/2014, p. 117; STF, Pet. 5209/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29/09/2014, p. 106).

¹⁵⁰ “A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com anuência de seu advogado, conforme demonstra a mídia juntada aos autos.” (STF, Pet. 5244/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/12/2014, p. 117); “A voluntariedade do acordo foi reafirmada pelo colaborador no elucidativo depoimento já mencionado, prestado judicialmente na presença e com a anuência de sua advogada, conforme demonstra a mídia juntada aos autos” (STF, Pet. 5209/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29/09/2014, p.106).

¹⁵¹ “À regularidade da documentação apresentada pelo Ministério Público se soma a legitimidade do procedimento adotado, com especial observância da Lei 12.850/2013.” (STF, Pet. 5244/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/12/2014, p. 117; STF, Pet. 5209/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29/09/2014, p. 106).

¹⁵² STF, Pet. 5244/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/12/2014; STF, Pet. 5209/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29/09/2014.

termos do acordo – mesmo os benefícios que carecem de previsão legal – são válidos, excetuando-se apenas a renúncia de direitos fundamentais além do âmbito das cláusulas. A renúncia deve ser limitada ao exercício de alguns direitos dentro daquele caso específico.

Nesse âmbito, deve-se recordar o que é disposto na Lei nº 12.850/2013 com relação aos benefícios que poderão ser concedidos aos colaboradores no caso de cumprimento dos termos do acordo: segundo o *caput* do art. 4º da aludida lei, poderão ser concedidos o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até dois terços ou a sua substituição por pena restritiva de direitos. Os critérios para a sua concessão, de acordo com o §1º do mesmo dispositivo, são “personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

Segundo o art. 4º, §7º, da Lei de Organizações Criminosas, o juízo homologatório, que não participa das negociações, tem como função verificar a “regularidade, legalidade e voluntariedade” do acordo. A regularidade é avaliada com a observância das regras procedimentais, a voluntariedade pode ser confirmada por meio da oitiva do delator e é indicada pela presença do defensor, e a legalidade faz referência ao respeito às normas que determinam o conteúdo do acordo celebrado. Portanto, a determinação do art. 4º, §7º não significa que o conteúdo do acordo não poderá ser objeto de análise, pois, se uma cláusula apresentar ilegalidade, não poderá haver a homologação.

O princípio da legalidade sob a vertente material que é aplicável ao direito penal deve ser estendido em sua plenitude ao âmbito processual penal, visto que este último consiste na garantia mais sólida dos indivíduos contra possíveis arbítrios do Estado, podendo a sua regulamentação possuir graves consequências para a liberdade das pessoas.¹⁵³ Por esse motivo, a ausência de uma cláusula de abertura no art. 4º da Lei nº 12.850/2013 indica que o rol de benefícios é taxativo e não exemplificativo, o que significa que qualquer benefício acordado que vá além deles padece de ilegalidade. No mesmo sentido, BOTTINO (2016):

“Se é certo que tudo aquilo que a lei não proíbe é lícito ao indivíduo realizar, também é certo que os agentes públicos só podem atuar nos limites que a lei estabeleceu. Entretanto, as cláusulas acima mencionadas fogem completamente aos limites estabelecidos pela Lei 12.850/2013 e a discricionariedade com que foram redigidas tais cláusulas não possui previsão legal. Com efeito, as hipóteses da lei são taxativas, não exemplificativas. São fruto de uma ponderação do legislador sobre quais

¹⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. *Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 148.

benefícios deveriam ser concedidos para estimular o criminoso a cooperar, e quais não deveriam ser concedidos.”¹⁵⁴

No contexto da Operação Lava Jato, são acordados diversos benefícios que ultrapassam o dispositivo supramencionado,¹⁵⁵ sendo efetuadas disposições que fixam o *quantum* máximo e mínimo de cumprimento da pena privativa de liberdade,¹⁵⁶ a sua substituição por prisão domiciliar,¹⁵⁷ a determinação de seu regime inicial – havendo até mesmo a previsão de regimes “diferenciados” em alguns casos –, bem como sobre sua progressão.¹⁵⁸ Além disso, foram estipuladas cláusulas que permitem o uso de bens que são declaradamente produto dos crimes investigados,¹⁵⁹ além de outras disposições de cunho patrimonial.¹⁶⁰

É evidente que tais cláusulas violam o princípio da legalidade anteriormente exposto, e o fato de o Poder Judiciário não exercer o seu papel de impedir a sua homologação demonstra uma postura não aplicar, no âmbito da Operação Lava Jato, as regras já existentes na legislação que impõem uma limitação às negociações. É possível que tal atitude esteja vinculada a determinada estratégia ou à perseguição de uma recompensa específica, especialmente ao se considerar que, desde o início da expansão da Operação Lava Jato, agravou-se um contexto no qual qualquer decisão que contrarie a expansão dos instrumentos utilizados para o seu avanço – tais como a delação premiada – é encarada como uma derrota para o interesse público que é supostamente promovido pela Operação, o que acarreta um ostracismo da mídia e da sociedade como um todo.

3.2.3 Prêmios e recompensas desejados

3.2.3.1 O combate à corrupção e a ideia de emergência

Inicialmente, deve-se destacar que, neste tópico, o ponto central da análise será avaliar quais são os prêmios buscado pelos agentes estatais de acusação – representados principalmente

¹⁵⁴ BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, ago. 2016, p. 377.

¹⁵⁵ *Ibidem.*, 376.

¹⁵⁶ Cláusula 5.^a, I, *b* do acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa.

¹⁵⁷ Cláusula 5.^a, I, *a* e Cláusula 5.^a, § 1.^o, ambas do acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa, Cláusula 5.^a, III do acordo de delação premiada de Alberto Youssef.

¹⁵⁸ Cláusula 5.^a, I, *c* do acordo de delação premiada de Paulo Roberto Costa, Cláusula 5.^a, V do acordo de delação premiada de Alberto Youssef.

¹⁵⁹ Cláusula 7.^a, § 3.^o do acordo de delação premiada de Alberto Youssef.

¹⁶⁰ Cláusula 7.^a, § 4.^o e Cláusula 7.^a, §§ 5.^o e 6.^o do acordo de delação premiada de Alberto Youssef.

pelo Ministério Público e pelo Delegado de Polícia – no cenário da Operação Lava Jato, apontando, ainda, de que forma essas recompensas se constituem.

Em um primeiro momento, pode-se afirmar que, em geral, o objetivo em cada caso concreto de delação premiada é garantir a condenação do delator, visto que o fato dele próprio aceitar uma pena estipulada em um espaço “consensual” evita a possibilidade de uma futura absolvição. Também é possível afirmar que a recompensa buscada é a de utilizar as informações relatadas pelo colaborador para que seja possível ter acesso a provas necessárias para prender outro indivíduo que, teoricamente, ocupa um lugar mais importante na organização investigada.

Qual seria, entretanto, o objetivo da acusação na Operação Lava Jato? Em outras palavras, quais são os prêmios visados que regem as estratégias e táticas utilizadas no contexto da operação para uma otimização dos resultados?

Para eu seja possível responder tal questionamento, pode-se observar, inicialmente, o que é dito em algumas cláusulas contratuais presentes em acordos de delação premiada celebrados no âmbito da Operação Lava Jato. A cláusula 2ª do acordo celebrado entre o Ministério Público Federal e Delcídio do Amaral,¹⁶¹ por exemplo, dispõe:

Cláusula 2ª - O presente acordo atende aos interesses do Colaborador, nos termos do art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, dos artigos 5º e 6º, ambos da Lei nº 12.850/2013, e das cláusulas a seguir alinhavadas. Atende, de igual modo, ao interesse público, na medida em que confere efetividade da persecução criminal de outros suspeitos e amplia e aprofunda investigações de crimes contra a Administração Pública, a Administração da Justiça, da Fé Pública, o Sistema Financeiro Nacional, a Ordem Tributária e de lavagem de dinheiro, tanto no âmbito do complexo investigatório chamado de Caso Lava Jato quanto em outros feitos e procedimentos com ele. O presente acordo auxilia, ainda, na apuração da repercussão desses ilícitos penais nas esferas civil, tributária, administrativa, inclusive administrativa sancionadora, e disciplinar.

Há, na cláusula acima reproduzida, uma evidente referência ao suposto interesse do delator, a saber, a efetivação do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, bem como os acesso aos direitos garantidos ao colaborador na Lei de Organizações Criminosas. Não é informado diretamente, entretanto, qual seria o interesse da acusação, havendo apenas a referência ao interesse público, que é repetida em outros acordos,¹⁶² geralmente havendo a sua

¹⁶¹ Disponível em: [<https://static.congressoemfoco.uol.com.br/2016/03/delacao-premiada-delcidio.pdf>]. Acesso em 20/11/2018.

¹⁶² Por exemplo, a cláusula 2ª do acordo celebrado como réu Alberto Youssef: “Cláusula 2ª - O interesse público é atendido com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir efetividade à persecução criminal de outros criminosos e ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações em torno de crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes de lavagem de dinheiro e crimes praticados por organizações criminosas, inclusive no que diz respeito à repercussão desses ilícitos penais na esfera cível, tributária, administrativa, disciplinar e de responsabilidade. Há, ainda, eminente interesse na recuperação das vantagens econômicas ilícitas oriundas dos cofres públicos, distribuídas entre diversos agentes públicos e particulares ainda não identificados, bem como na investigação da corrupção de agentes públicos

associação com a efetividade da persecução criminal, com o avanço das investigações dos crimes cometidos por organizações criminosas ou com a possibilidade de recuperar os bens que foram adquiridos por meio de condutas criminosas.

Além disso, há momentos em que se sugere que existe uma oposição entre os direitos do colaborador, que é defendido pela sua defesa, e o interesse público, na forma da investigação e do prosseguimento da ação penal, que seriam buscados pela acusação. Dessa forma, é possível deduzir que a defesa do interesse público – que, é importante lembrar, é um conceito jurídico indeterminado – é o prêmio visado pela acusação. Nos casos concretos inseridos na Operação Lava Jato, a defesa desse interesse está relacionada ao combate à criminalidade organizada. E, para atingir esse objetivo, os sujeitos maximizadores buscarão seguir as estratégias dominantes para atingir os melhores resultados possíveis.

Para que seja possível entender qual é a estratégia dominante, é necessário efetuar algumas considerações sobre a forma pela qual é constituído o interesse o qual busca-se proteger. Segundo Choukr (2002), é historicamente plantado no imaginário coletivo o medo de “demônios” que são essencialmente criados pelos próprios seres humanos por razões estruturais. Atualmente, a mais evidente assombração é a criminalidade organizada, que pode apresentar-se de variadas formas, tais como o narcotráfico, o terrorismo e a lavagem de dinheiro. Como esse tipo de delito é exercido por um número maior de pessoas e de maneira organizada, o potencial assustador de suas consequências é elevado, o que acarreta a legitimação de um sentimento coletivo no sentido de que “algo precisa ser feito”.¹⁶³

Ainda de acordo com o mesmo autor, a instauração desses medos cria uma dicotomia que divide aqueles que são *amigos* daqueles considerados *inimigos*. Esta lógica é própria de relações de poder de caráter autoritário, sendo contrária, portanto, à dialética que existe entre adversários – que é indispensável ao jogo democrático, no qual a existência de regras pré-estabelecidas tem como principal função atuar como limites ao exercício arbitrário do poder estatal. Há evidentes consequências dessa mentalidade no contexto do processo penal, visto que ocorre uma quebra no sistema adversarial do processo quando o indivíduo sentado no banco dos réus passa a ser visto como um inimigo.¹⁶⁴

de diferentes setores e níveis praticada mediante oferecimento de vantagens por grandes empresas, nos termos da Lei 12.850/2013”.

¹⁶³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002, p. 35.

¹⁶⁴ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op.Cit.*, p. 39.

Há, na sociedade, uma necessidade de urgência em combater os inimigos, mas é interessante observar que essa urgência não possui nada de novo,¹⁶⁵ existindo sempre um conflito entre a ordem e a desordem, ocorrendo apenas uma atualização de seus termos:

“O que existe de intrigante em todo esse quadro é que ele nada tem de novo. Os medos do imaginário coletivo, as alegações de desintegração social dada a quebra do ordenamento, não apenas jurídico, mas social como um todo, incluindo-se aí os outros aspectos como, v.g., os religiosos, foram apenas substituídos por outros mais avançados tecnologicamente. Fundamentalmente, no entanto, a dicotomia *ordem x desordem*, que também pode ser identificada com a tentativa da manutenção do poder ante as investidas de desestabilização, continua intacta”.¹⁶⁶

Nesse contexto, no qual a população passa a ter a mentalidade de que é necessário responder, de forma emergencial, à criminalidade que se espalha, o direito é utilizado como uma ferramenta estatal para que ocorra um fortalecimento do sistema repressivo. No caso do processo penal, esse fortalecimento é feito mediante a inserção de mecanismos de investigação de caráter inquisitório que reforçam a lógica de construção da verdade real.¹⁶⁷ A Lei de Organizações Criminosas, com os meios de obtenção de prova nela estabelecidos, é um desses mecanismos.

Nessa visão promocional, que possui um caráter mais político do que propriamente jurídico, os direitos e garantias fundamentais do réu passam a ser vistos como um entrave ao funcionamento eficiente¹⁶⁸ do sistema.¹⁶⁹ Então, para que o interesse público seja protegido mediante a condenação daqueles que foram eleitos como inimigos sociais, a estratégia dominante constitui, no âmbito jurídico, em duas atitudes principais: (i) a de expandir o direito penal material por meio da tipificação de novas condutas, do aumento das penas cominadas, do estabelecimento de novas regras para a progressão de regime, entre outros, (ii) e a de restringir o direito processual penal, pois a supressão de suas normas e garantias tem como efeito um processo mais célere e de condenação mais provável.

Com relação a este último aspecto, é imprescindível destacar que a perda de direitos fundamentais é um preço demasiadamente alto para se pagar pela sustentação do discurso da

¹⁶⁵ “Parece que, de tempos em tempos, as civilizações elegem uma categoria de odiados para contra ela canalizar sua hostilidade, como negação às penosas conquistas tendentes ao respeito do ser humano como fim, e não meio, de todas as elaborações da humanidade.” (BALDAN, Édson Luís. *O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 4-6., fev. 2006, p. 5).

¹⁶⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op.Cit.*, p. 40.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹⁶⁸ “Para a industrialização crescente de normas de conteúdo penal e processual penal é usado um sombrio e nem sempre perfeitamente definido conceito de segurança, atrelado que se encontra de igual importância e imprecisão, que é o de eficiência (...)” (*Ibidem*, p. 51).

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 49.

suposta emergência, pois ela acarreta uma “quebra do estado de direito pelo próprio estado que lhe dá vida, situação paradoxal que não apresenta solução, vez que os paradoxos, por definição, são insolúveis”.¹⁷⁰ Dessa forma, torna-se evidente que, apesar de a supressão de garantias parecer a melhor solução (e, portanto, uma estratégia dominante), ela se trata, na verdade, de mero agravamento do problema, pois as reais causas da corrupção não residem nas garantias fundamentais, o que implica em dizer que a sua solução não necessita de sua supressão:

“Rigorosamente falando, o crime organizado, suas variantes e alarmantes consequências não foram causados por qualquer dos direitos fundamentais. Suas soluções não passam, por certo, pela violação destes. E mesmo no processo, para fechar o foco no tema mais direto da obra, nenhuma das garantias do chamado *due process of law* é responsável pelo suposto fracasso no combate e essa forma de criminalidade. Obedecer aos princípios fundamentais – entre os quais aleatoriamente se invoca o juiz natural, motivação das decisões, contraditório, etc – não significa compactuar com o caos propagado. Ao contrário, violá-los fecha a última porta de racionalidade que resta ao sistema.”¹⁷¹

3.2.4 Estratégias e táticas utilizadas

3.2.4.1 O uso da prisão cautelar

Como desenvolvido no tópico anterior, são utilizadas, no contexto da Operação Lava Jato, estratégias que utilizam táticas como a supressão de direitos e garantias processuais do réu para que a sua condenação se torne mais acessível, destacando-se o uso da prisão cautelar, antecedido de interceptação telefônica e sucedido pela negociação de um acordo de delação premiada.¹⁷² A própria forma segundo a qual a história da operação é narrada¹⁷³ confirma a utilização deste curso de ação.

¹⁷⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op.Cit.*, p. 66.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 69.

¹⁷² A condução coercitiva também possuía um importante papel para a concretização dessa estratégia, entretanto a declaração de sua inconstitucionalidade pelo STF impediu a continuidade de seu uso. Outros mecanismos que são utilizados são os mandados de busca e apreensão.

¹⁷³ Segundo o portal do MPF que reúne informações sobre a Operação Lava Jato, as interceptações telefônicas foram utilizadas durante as investigações que deram origem à operação. Por meio da monitoração das conversas do doleiro Carlos Habib Chater, foram identificadas quatro organizações criminosas que se relacionavam entre si, todas lideradas por doleiros. Eles passaram a ter suas comunicações monitoradas, o que revelou que Alberto Youssef, mediante pagamentos feitos por terceiros, “doou” um Land Rover Evoque para o ex-diretor de Abastecimento da Petrobras Paulo Roberto Costa, que foi preso em março de 2014 após o cumprimento de um mandado de busca e apreensão. Em seguida, os procuradores da República do caso viriam a acusar o ex-diretor e seus familiares pelo crime de obstrução à investigação de organização criminosa. Em 27 de agosto de 2014, Paulo Roberto Costa assinou acordo de colaboração com o Ministério Público Federal, afirmando-se que a iniciativa partiu do próprio colaborador, que prestou importante auxílio para a apuração dos fatos em troca de benefícios. Disponível em: [<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-la-instancia/parana/investigacao/historico/por-onde-comecou>]. Acesso em 20/11/2018.

Nesse sentido, é possível perceber que ocorre, como menciona Baldan (2006), uma “metodologia de apuração calcada sobre um tripé previsível”,¹⁷⁴ composto por:

“(...) interceptação telefônica inicial, por prazo indefinido, objetivando a coleta de indícios que motivarão o decreto de uma prisão cautelar que, a sua vez, será empregada como instrumento de coação sobre o imputado, instado sem recatos pelos investigadores e acusadores a confessar e delatar tendo a própria liberdade como objeto de vergonhosa e desigual barganha. Ao estabelecer a delação como condição para cessação da privação da liberdade do preso, pratica o Estado inédita modalidade de extorsão da prova mediante sequestro do investigado, sob a complacência do Poder Judiciário. Preço do ‘resgate’ pode ser, além da confissão, também a apresentação de outras provas materiais ou documentais, negociáveis entre um indigitado de garantias acanhadas e um Estado de poderes dilatados e sem freios éticos.”

Esta estratégia, chamada pelo autor de “extorsão da prova mediante sequestro” consiste em criar uma situação de dilema do prisioneiro, na qual o indivíduo encarcerado não possui alternativa melhor do que trair os outros réus ou investigados e colaborar com a acusação. Há algumas estratégias que são utilizadas, em conjunto, para a criação dessa situação, cabendo destacar, além da prisão, a interceptação telefônica, por exemplo. O foco do presente tópico será, entretanto, apenas a prisão cautelar, em razão dos limites impostos a um trabalho monográfico – mas é importante destacar que não se ignora a existência de outras estratégias usadas.

É importante ressaltar que a forma como a situação anteriormente mencionada se coloca na prática possui algumas diferenças com relação à narrativa do dilema do prisioneiro. Esta última se trata de uma situação individualizada, na qual há apenas três personagens (os dois criminosos e o policial) e a decisão deve ser tomada de maneira instantânea, sem a comunicação entre eles.

Já no âmbito da Operação Lava Jato, há muitos outros indivíduos envolvidos, e o fato de existir um lapso temporal entre a prisão e a celebração do acordo, normalmente preenchido por meses de negociação, nos quais o acusado poderá ter contato com outrem e, obrigatoriamente, deverá ser acompanhado pelo seu defensor em todos os atos. Dessa forma, torna-se evidente que há algumas variações, mas a situação retrata, essencialmente, o mesmo problema: o atrito entre o interesse individual e o interesse do grupo, que é expressado pelo fato de que a estratégia que mais favorece o indivíduo (réu colaborador) não é aquela que possibilita o melhor resultado para o grupo (investigados em geral).

A situação é similar àquela verificada no caso do *plea bargaining* por Bar-Gill e Ben-Shahar (2009) onde a falha na coordenação entre os acusados é o motivo pelo qual o sistema

¹⁷⁴ BALDAN, Édson Luís. *Op.cit.*, p. 5.

de justiça negociada se sustenta. Há, entretanto, uma divergência. No caso dos Estados Unidos, a sustentação ocorre por uma impossibilidade prática de promover todos os julgamentos por falta de recursos humanos e materiais, já no caso da delação premiada brasileira, o que ocorre é que, provavelmente, não seria possível processar e julgar grande parte dos indivíduos sem as informações obtidas por meio de acordos de colaboração premiada, que possuem caráter de meio de obtenção de prova e que podem, se confirmadas como meios de prova, ser utilizadas como um dos fundamentos para a condenação de outrem.

Como apontado pelos autores supramencionados, há três motivos para que não exista essa continuação – o desconhecimento dos acusados entre si, a criação de obstáculos para que seja estabelecido contato entre eles, e a ausência de um contrato que os obrigue a cooperar entre si. No caso da Operação Lava Jato, as duas últimas razões apontadas parecem estar mais presentes, visto que a prisão de alguns pode dificultar a comunicação – apesar de não a impedir – e que não existe nenhum tipo de contrato entre os acusados.

Além disso, há outro fator particular à Operação Lava Jato que torna mais difícil a cooperação entre os acusados em situações similares ao dilema do prisioneiro, a saber, a estipulação de benefícios que não estão elencados em lei, o que acarreta uma distorção do sistema em razão do exponencial crescimento das possíveis pressões e coações. Pode parecer, à primeira vista, que a concessão de benefícios que extrapolam os limites da Lei nº 12.850/2013 é algo que beneficia o réu, mas a real consequência dessa abertura é o esvaziamento dos limites do instituto da delação premiada, o que prejudicará o delator e, principalmente, os réus delatados.¹⁷⁵

Dessa forma, é possível afirmar que o aparato estatal, por meio do exercício dessa estratégia:¹⁷⁶

“(...) converte-se em exército célere que, pilhando as trincheiras da legalidade constitucional, exige que os dominados passem a servir-lhe de fiel combatente. É o criminoso contra o crime na barganha da não submissão à inteireza da pena criminal, em preterição ao monopólio da investigação e da persecução de e pelo Estado. Alquebrado fisicamente pela privação de liberdade, vilipendiado moralmente pela irrestrita exposição de sua imagem nos meios de comunicação, fragilizado psicologicamente pela privação do contato com o mundo exterior, fraudado racionalmente com as promessas de benefícios penais, o investigado, recolhido em sua cela, joga o solitário jogo do ‘dilema do prisioneiro’.”

¹⁷⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op.Cit.*, p. 149.

¹⁷⁶ BALDAN, Édson Luís. *Op.Cit.*, p. 6.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se no presente trabalho a delineação do instituto da delação premiada no direito brasileiro, ressaltando-se o contexto de expansão da justiça penal negociada no qual ele está inserido e as críticas à colaboração, que se dividem em materiais – a desigualdade de tratamento entre réus acusados de uma mesma conduta e o problema ético que surge quando o Estado celebra um acordo com um suposto criminoso – e processuais – o caráter coercitivo da delação premiada, a ocultação do grave problema da descontrolada expansão do direito penal, a incongruência com o direito de defesa do réu e a aniquilação do princípio da presunção de inocência.

Além disso, foram expostas as legislações que fazem referência à delação premiada, observando-se que o instituto foi previsto de maneira fragmentada e pouco organizada em diversas legislações promulgadas após a Constituição Federal. Nesse cenário, destaca-se a Lei nº 12.850/2013, ou Lei de Organizações Criminosas, que constituiu em um marco para a regulamentação da colaboração premiada tanto por ser a primeira lei que tratou a delação premiada como um instituto de direito processual penal quanto por representar um importante e significativo avanço da justiça criminal negocial.

Ato contínuo, foi apontada a natureza de meio de obtenção de prova da delação premiada, bem como o seu procedimento, que se divide em quatro fases principais, a saber, negociação, homologação, colaboração efetiva com produção de prova e sentenciamento.

Com relação à teoria dos jogos, foram abordados alguns conceitos principais, destacando-se o dilema do prisioneiro. Demonstrou-se que esse dilema, apesar de seu nome e da narrativa que o popularizou, não consiste em uma questão meramente jurídica, mas sim em um postulado relacionado às tensões existentes entre o individual e o coletivo em várias áreas. Após tais explicações, foi exposto de que forma a teoria dos jogos poderia ser aplicada à delação premiada. É imprescindível destacar a escassez bibliográfica com relação à aplicação da teoria dos jogos à delação premiada, em específico no caso brasileiro. Por isso, utilizou-se essencialmente a abordagem feita por Rosa (2018). Nela, a leitura da delação premiada com a utilização sendo destacados quatro elementos que compõe o jogo negocial: jogadores, regras, recompensas e estratégias.

Esses foram os elementos utilizados para guiar a interpretação de algumas situações ocorridas na Operação Lava Jato com base nas quatro categorias supracitadas. É importante

ressaltar que a interpretação aqui realizada teve como escopo demonstrar a aplicação da teoria dos jogos à delação premiada, ressaltando a Operação Lava Jato como exemplo, sem pretensão de avaliar pormenorizadamente todos os detalhes da operação em questão.

Foi possível observar, a partir das considerações efetuadas no âmbito da interpretação mencionada no parágrafo anterior, que a teoria dos jogos possui a qualidade de poder ser usada para apresentar uma interpretação diferente sobre uma situação específica – ou seja, há significativa utilidade para ela no âmbito descritivo. Há, entretanto, dúvidas quanto a sua utilidade no sentido prescritivo, ou seja, na possibilidade agir de forma a demonstrar qual é o curso de ação necessário para ser seguido em casos específicos de aplicação da delação premiada.

Segundo Poundstone (2011), a teoria dos jogos não é boa em prever o que pessoas reais farão porque ela é fundada na premissa de que o jogo é racional, e, por isso, suas prescrições podem não ser as melhores quando os jogadores são irracionais.¹⁷⁷ O tipo de análise proposta para o campo da delação premiada por Rosa (2018) é dotado de caráter multidisciplinar e reconhece a irracionalidade dos indivíduos que dela participam, mas não é possível afirmar que esse reconhecimento torna a teoria dos jogos mais apta a possuir um caráter prescritivo.

Na verdade, o fato de reconhecer-se que os jogadores são irracionais apenas expõe a realidade de incerteza quanto ao comportamento alheio que a teoria dos jogos busca mascarar. Diz-se “busca” porque nem mesmo a teoria dos jogos em sua forma pura é capaz de prever as atitudes dos indivíduos. A teoria dos jogos é, de certa forma, muito similar à aritmética, visto que se trata de abstração que só é aplicável ao mundo real na medida em que ele consegue preencher seus rigorosos requisitos.¹⁷⁸ Mas ela difere da aritmética, pois qualquer pessoa, ao contar um grupo de moedas, por exemplo, sempre chegará ao mesmo valor monetário, mas a utilidade¹⁷⁹ dessas moedas para cada jogo é diferente, porque os prêmios não se resumem ao valor meramente econômico.

Por isso, diz-se que a teoria dos jogos é um caleidoscópio que reproduz os valores que os indivíduos que a aplicam possuem.¹⁸⁰ É possível observar um exemplo disso ao se relembrar do estudo de Bar-Gill e Bem-Shahar, exposto no tópico 2.2 do presente trabalho. Nele, chegou-se à conclusão de que o fato de o *plea bargaining* ser sustentado por uma lógica de um dilema

¹⁷⁷ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 2881.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 2854.

¹⁷⁹ Deve-se destacar que a utilidade é uma abstração que serve para representar os “pontos” que um jogador deseja ganhar em determinada situação (*Ibidem*, p. 2850).

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 2862.

do prisioneiro não constitui em um argumento desfavorável ao instituto. A mesma linha de raciocínio dos pesquisadores, baseada na teoria dos jogos e aliada a visões críticas sobre o encarceramento em massa poderia ocasionar uma conclusão completamente diferente, na qual o caráter desfavorável do *plea bargaining* torna-se evidente.

O que críticos da teoria dos jogos apontam é que os valores que geralmente são reproduzidos exprimem um profundo cinismo com a raça humana, tendo como consequência o reforço da aceitação dos jogadores das regras que estão postas, fazendo com que seja mais difícil para eles perceber que talvez existam outros meios de interagir e criar consenso entre si.¹⁸¹ Pode-se dizer que o mesmo pode ser verificado no caso da delação premiada, o que faz com que esse sistema reproduza a si mesmo, sendo retiradas as possibilidades de saída:

“(...) O problema – um problema central da colaboração premiada – é que a investigação e a instrução do processo penal colaborativamente conformado acabam por se transformar num sistema autopoiético que se reproduz a ele próprio tendencialmente à margem dos princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional (...) A gravidade da circularidade autopoiética traduz-se, por isso, na criação de um sistema processual apócrifo, cada vez mais auto-reprodutivo à medida que se multiplicam os “memorandos de entendimento” entre as várias partes do processo”¹⁸²

É possível perceber que, no caso do Brasil, esse sistema auto-reprodutivo depende de uma estrutura externa que é capaz de blindá-lo de tal forma que a sua contínua reprodução parece ser a única alternativa. Nesse âmbito, é importante destacar essa estrutura é essencialmente criada por meio da lei e da jurisprudência. A lei contribui ao apresentar uma regulamentação que é deficitária em diversos aspectos, principalmente por não criar meios eficazes para fiscalizar a fase de negociação, que, por não ser efetuada diante de órgão jurisdicional, é a que pode apresentar maiores riscos para os direitos do imputado. Já a jurisprudência, principalmente no âmbito dos tribunais superiores, toma decisões que expandem cada vez mais o instituto¹⁸³ e que dificultam a sua impugnação.¹⁸⁴

Nesse contexto, adotar uma perspectiva guiada pela teoria dos jogos – especialmente se essa aplicação não for acompanhada de conceitos e visões determinadas quanto à garantias e

¹⁸¹ POUNDSTONE, William. *Op.Cit.*, p. 2814.

¹⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017, p. 139.

¹⁸³ Tais como a possibilidade de delegado de polícia celebrar acordo, prevista na Lei nº 12.850/2013 e de constitucionalidade confirmada no julgamento da ADI 5.508/DF, julgada pelo plenário do STF em 20/06/2018 sob a relatoria do Min. Marco Aurélio.

¹⁸⁴ Por exemplo, o entendimento de que co-autores ou partícipes não tem o interesse de impugnar o acordo celebrado e a visão de que é possível celebrar a delação premiada durante a prisão do réu (STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015)

direitos fundamentais – pode representar uma forma de blindar ainda mais a aplicação da justiça criminal negociada, havendo, portanto, dúvidas quanto a sua aplicação nesse sentido, como mencionado anteriormente. Nesse âmbito, parece ser muito mais acertada uma visão que priorize a redução dos danos causados pela justiça criminal negociada no direito brasileiro,¹⁸⁵ para que exista certo contraponto à expansão do sistema anteriormente exposto.

¹⁸⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 45.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALDAN, Édson Luís. **O jogo matemático da delação e a extorsão da prova mediante sequestro do investigado**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 159, p. 4-6., fev. 2006.
- BAR-GILL, Oren e BEN-SHAHAR, Omri. **The Prisoners' (Plea Bargain) Dilemma**. Journal of Legal Analysis, vol.1, nº 2, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 133. ano 25. p. 133-171. São Paulo: Ed. RT, jul. 2017.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2002.
- COUTINHO, Jacinto N. M., CARVALHO, Edward Rocha de. **Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado**. Revista de Estudos Criminais, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 83.
- GARDA, Roberto Soares. **Delação premiada: ética e moral, às favas!** Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 13, n. 159, fev. 2006, p. 2.
- LANGBEIN, John H. **Torture and Plea Bargaining**. The University of Chicago Law Review, vol. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13)**. Revista Custos Legis, vol. 04, p. 01-38, 2013.
- PICKER, Randal C., **An Introduction to Game Theory and the Law**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 22, 1994.
- POUNDSTONE, William. **Prisoner's Dilemma**. Anchor Books. 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018.
- SOUSA, João Ramos de. **Julgamento sem romance: processo penal, literatura jurídica e teoria dos jogos: uma análise econômica**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 13, n. 3, p. 387-416. jul./set. 2003.
- TASSE, Adel El. **Delação Premiada: Novo Passo Para um Procedimento Medieval**. Revista dos Tribunais Online: Ciências Penais, vol. 5, julho de 2006.
- TROTT, Stephen S. **O uso de um criminoso como testemunha: um problema especial**. Trad. Sérgio Fernando Moro. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 37, p. 68-93, abr./jun. 2007.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

WEDY, Miguel Tedesco. **A colaboração premiada entre o utilitarismo e a racionalidade de princípios.** Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 213-231, set./dez. 2016, p. 214.

ZILLI, Marcos. **No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio.** Boletim do IBCCRIM, n. 300, novembro 2017, p. 3-5.